



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 77/1997

La Laguna, a 11 de julio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio de distintas Resoluciones de la Dirección General de Personal, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por las que se reconocía, a título personal, a diferentes funcionarios del Cuerpo de Maestros su inclusión en el Grupo "A" mientras mantuvieran su destino en el Servicio Técnico de Orientación Educativa y Profesional (STOEP) (EXP. 67/1997 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Gobierno, es una Propuesta de Resolución que culmina un procedimiento de revisión de oficio por el que se pretende la anulación de distintas Resoluciones de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por las que se reconocía a diferentes funcionarios del Cuerpo de Maestros su inclusión en el Grupo A mientras mantuvieran su destino en el Servicio Técnico de Orientación Educativa y Profesional.

La legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno para recabar este Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan, respectivamente, de los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) y, por mor de la remisión de este último precepto, de los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

---

\* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

Respecto a la competencia del Consejero de Educación para resolver los expedientes de revisión de oficio, la misma le viene atribuida por el artículo 29, 1, g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias.

## II

Mediante sendas Ordenes del Consejero de Educación, Cultura y Deportes, de 31 de diciembre de 1996, 31 de enero de 1977 y 31 de marzo de 1977 se acordó iniciar procedimiento de revisión de oficio y de suspensión de efectos de distintas resoluciones de la Dirección General de Personal, de fechas 22 de junio; 12 de julio; 12 de diciembre, todas de 1995 y otras de 11 de enero y 4 de marzo de 1996, por las que se reconocía a título personal, a diferentes funcionarios del Cuerpo de Maestros su inclusión en el Grupo A mientras mantuvieran su destino en el Servicio Técnico de Orientación Educativa y Profesional.

Como antecedentes de las citadas resoluciones pueden señalarse, de una parte, que los funcionarios afectados por las citadas resoluciones, mediante las correspondientes convocatorias de concurso de méritos, accedieron a los puestos de trabajo para llevar a cabo funciones de orientación educativa y profesional; y de otra parte, que las resoluciones que ahora se pretenden anular se dictaron en función de las instancias formuladas por los propios interesados en las que afirmaban que la pretensión de pertenecer al Grupo A se basa en la reiterada jurisprudencia que ha considerado como pertenecientes a dicho grupo a los profesores de EGB que, por concurso de méritos, obtuvieron plazas de Orientadores para las que se exigía el título de licenciado, con pérdida de destino anterior. Señalaban los interesados que se trataba de una cuestión similar a la planteada por los Orientadores Escolares de diferentes Comunidades Autónomas (en Canarias se denomina a ese servicio con las siglas STOEP), analizada y resuelta favorablemente a sus intereses por diversos Tribunales Superiores de Justicia.

El expediente de revisión de oficio fue instruido por la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, confiriéndose a los interesados el oportuno trámite de audiencia y vista con traslado completo del expediente, quienes manifestaron las alegaciones que consideraron conveniente a su derecho.

Este Consejo ha tenido ocasión de examinar un supuesto sustancialmente idéntico al presente en su Dictamen 45/1997, de 29 de abril, en relación con la revisión de oficio de determinadas resoluciones por las que igualmente se incluían en el Grupo A a funcionarios del Cuerpo de Maestros que desempeñaban funciones en el Servicio de Inspección Educativa. En aquella ocasión la Administración actuante fundamentó también la revisión en la citada STS de 19 de abril de 1996.

### III

El antecedente inmediato determinante de la revisión ahora pretendida lo constituye -según fundamenta la Propuesta de Resolución- la Sentencia de 19 de abril de 1996, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación en interés de la ley, que fija como doctrina legal que "no tienen derecho a pertenecer a título personal al grupo A, previsto en el art. 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ni a los derechos que derivan de esa situación como consecuencia de su participación en concepto de profesores de EGB en convocatorias para acceder a plazas de SOEV, aun cuando para ello se exija alguna titulación superior, "no exigida en el momento del ingreso en el cuerpo de procedencia, en el que se sigue perteneciendo después del concurso (...)".

Con base en dichas consideraciones, entiende la propuesta de resolución que se analiza que las repetidas resoluciones incurren en las causas de nulidad de pleno derecho siguientes:

1) art. 62 1.e) de la LPAPC, esto es, *actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello*;

2) art. 62 1,f) *"actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y*

3) art. 62 1 a) *al entender que se lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, como es el de la igualdad de acceso en el acceso a las funciones y cargos públicos.*

La Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiación de la Reforma Educativa, estableció el derecho a la orientación educativa, para cuyo

desarrollo la Orden de 30 de abril de 1977 creó con carácter experimental los Servicios de Orientación Escolar y Vocacional. Posteriormente, el Real Decreto 2.689/1980, de 21 de noviembre, y la Orden de 20 de septiembre de 1982 crean los Institutos de Orientación Educativa y Profesional, que fueron suprimidos por RD 559/1993, de 16 de abril. Finalmente, para el ámbito territorial de gestión directa del Ministerio de Educación y ciencia, la Orden de 9 de diciembre de 1992 regula los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica.

En la Comunidad Autónoma canaria, tras el proceso de transferencias en materia de educación, el Decreto 157/1986, de Ordenación de la Pedagogía Terapéutica, prevé la regulación de equipos psicopedagógicos en los que se integran los Servicios de Orientación Escolar y Vocacional (art. 22). En desarrollo de este decreto, la Orden de 13 de agosto de 1990 reguló el funcionamiento del STOEP, estableciendo en su art. 5 que estaría compuesto por personal docente perteneciente a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza General Básica o Enseñanzas Medias que cumplieran los requisitos de ser licenciados en las ramas que en el mismo se señalan y acreditaran un mínimo de 3 años de experiencia docente.

Posteriormente, el Decreto 23/1995, de 24 de febrero, por el que se regula la orientación educativa de la CAC, al mismo tiempo que suprime el STOEP, integra a los funcionarios que estaban destinados con carácter definitivo en el mismo en los nuevos Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógicos.

Por consiguiente, el STOEP estaba integrado tanto por funcionarios pertenecientes al Grupo A (profesores de enseñanzas medias) como por los pertenecientes al Grupo B (profesores EGB), coexistiendo por tanto dos clases de categoría de funcionarios en razón del cuerpo de procedencia.

El punto de partida del problema planteado hay que situarlo, en consecuencia, en que en los concursos de méritos para proveer en adscripción definitiva puestos en el STOEP, pudieron participar tanto los funcionarios docentes pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria (Grupo A) como los pertenecientes al Cuerpo de Maestros (Grupo B).

Las resoluciones de la Dirección General de Personal que se pretenden anular son contrarias al ordenamiento jurídico y viciadas de nulidad, por lo que son susceptibles de la revisión de oficio pretendida por la Propuesta de Resolución que se dictamina,

en esencia porque, en las mismas, se confunden aspectos elementales de la función pública, sometidos a regímenes absoluta y nítidamente diferenciados, esto es, de un lado *el acceso a la función pública* y, de otro, *la movilidad de los funcionarios públicos*. El primero de tales derechos, tiene reconocimiento constitucional en el art. 23 y 103 de la CE y normativo ordinario en el art. 19 LMRFP y consiste en el derecho de todos -en las condiciones que se fijan en cada convocatoria específica- de acceder, de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, a los distintos Cuerpos y Escalas en que se estructura la Administración Pública.

El derecho a la movilidad, por contra, parte del principio de que aqueellos que ya ostenten la condición de funcionarios de una Cuerpo o Escala determinado puedan acceder a puestos de trabajo distintos del que ya vienen desempeñando, mediante su participación en los procedimientos de provisión de los puestos de trabajo establecidos normativamente por el artículo 20 de la repetida ley básica, esto es, concurso o libre designación.

Por lo que hace a los distintos Cuerpos en que se estructura la función pública docente, el acceso a la misma se arbitra mediante concurso oposición (Disposición Adicional Novena 3 de la Ley 1/1990, de 22 de abril de Ordenación General del Sistema Educativo -LOGSE-) o por promoción interna (Disposición Adicional decimosexta de la misma Ley), posibilitándose asimismo, obviamente, la movilidad entre distintos puestos de trabajo.

De acuerdo con ello, se pone de manifiesto que de lo que se trataba en el asunto planteado era de cubrir puestos de trabajo del Servicio de Orientación Educativa y Profesional por funcionarios pertenecientes a Cuerpos funcionariales docentes de Grupo A y por otros funcionarios pertenecientes a Cuerpos asimismo docentes de Grupo B, circunstancia ésta que por otra parte es frecuente en la provisión de puestos de trabajo del resto de la Administración no educativa, posibilitándose, en determinados supuestos, que un puesto de trabajo pueda ser cubierto indistintamente por funcionarios pertenecientes a Cuerpos clasificados en grupos distintos (por ejemplo los C-D o en otros casos A-B), en función de las determinaciones establecidas al efecto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, sin que ese desempeño suponga, en modo alguno, que su detentador pueda integrarse en el Cuerpo o Escala de categoría superior al que pertenece.

En consecuencia, lo que se posibilita es que funcionarios docentes pertenecientes a Cuerpos docentes clasificados en los grupo A y B del artículo 25 de la Ley 30 puedan desempeñar puestos de trabajo de orientación educativa y profesional, sin perjuicio de la posibilidad de reincorporarse voluntariamente a puestos de trabajo docentes a través de los concurso ordinarios de provisión, pero, en modo alguno, posibilita una integración, automática e ilegal, en un grupo al que sólo se pertenece en función de la pertenencia a un Cuerpo que esté clasificado en dicho grupo. Por tanto, la integración "personal" en un Grupo funcional supone una ruptura flagrante de las más elementales normas de estructuración de la función pública, en la medida en que no se pertenece a ningún grupo a título personal, sino que la pertenencia a un Cuerpo o Escala es la "*conditio sine qua non*" para la adecuada clasificación de dicho Cuerpo o Escala en un Grupo de los señalados en el art. 25 de la Ley 30/1984. En consecuencia, como quiera que los afectados por la Resolución de que se trata son maestros, Cuerpo clasificado en el Grupo B, sólo podrán integrarse en el Grupo A previo acceso libre o mediante promoción interna a algunos de los Cuerpos docentes clasificados en dicho Grupo, de acuerdo con los criterios señalados al efecto en el repetido art. 25 de la Ley 30/1984.

No obstante lo anterior, no es conforme a Derecho la argumentación contenida en el considerando 11 de la Propuesta de Resolución que se analiza, en cuanto parece cuestionar la legalidad de la promoción interna como sistema de acceso desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de titulación a otros del inmediato superior, sistema éste cuya legalidad es incuestionable siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos a tal fin en la legislación existente al respecto.

Por lo que se refiere al sistema retributivo de los funcionarios que desempeñen tales puestos de trabajo de orientación educativa, sus retribuciones básicas estarán en función de la pertenencia en cada caso a Cuerpos clasificados en los Grupos A o B (art. 24 Ley 30/1984), siendo las complementarias las asignadas a dicho puesto con independencia del Grupo concreto del Cuerpo a que pertenezca el funcionario que lo desempeñe. En consecuencia, la presunta vulneración del principio de igualdad puesta de manifiesto por los afectados en su escrito de alegaciones no se compadece con la regulación legal ni con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, ya que no se trata de situaciones iguales sino desiguales, cuyo tratamiento adecuado debe ser asimismo desigual, esto es, un funcionario perteneciente a un Cuerpo como el de

Maestros clasificado en el grupo B no puede, por imperativo legal, percibir otras retribuciones básicas que las correspondientes a dicho Grupo.

Dada su especial relevancia y conexión con la cuestión planteada, procede reproducir algunos aspectos de la repetida sentencia de la Sala Tercera del Tribunal del Supremo dictada en casación en interés de la ley:

"...El sistema de acceso a la función pública actualmente vigente para la Administración española, *se caracteriza por la pertenencia de todos los funcionarios públicos a un Cuerpo, Escala o Clase determinada*, sin que el ingreso en la función pública pueda producirse con carácter genérico y a título personal sino que lo es para un cuerpo o Escala concreto...Por otro *lado cada uno de los Cuerpos o Escalas de funcionarios se halla clasificado en alguno de los grupos previstos en el art. 25 de la Ley 30/1984, grupos que se establecen de acuerdo con la titulación exigida para el ingreso en cada cuerpo o Escala* de modo que la pertenencia a un Cuerpo o Escala supone una condición previa para la clasificación en los grupos concretos de ese precepto. Además la única forma legal en que un funcionario puede pasar desde un grupo tal como el B, al que pertenecen los actores en el momento de su solicitud, en consideración a que el título exigido para su ingreso como Profesores de EGB, había sido de tipo medio, a otro del grupo A, es mediante su previo acceso a un Cuerpo o Escala perteneciente a este Grupo A, a través de alguno de los procedimientos legalmente previstos, bien superando las pruebas selectivas de ingreso en el Cuerpo o bien a través del sistema de promoción interna....*Pero lo que no cabe es que pueda cambiarse de grupo mediante la superación de un concurso de méritos para acceso a unos puestos de trabajo*, por más que en dicho concurso se haya dado valor preponderante a la titulación correspondientes a los Cuerpos del Grupo Superior pero no exigida en el momento de ingreso en el Cuerpo de procedencia -en este caso EGB- en el que se sigue permaneciendo después del concurso... (...). En consideración a lo expuesto como la doctrina sentada en la sentencia recurrida supone la quiebra del sistema de acceso a la función pública española si se permite que funcionarios pertenecientes a un Cuerpo determinado pasen al grupo inmediatamente superior a aquel en que está clasificado dicho cuerpo, según el art. 25 de la LMRFOP, sin que se integren en alguno de los Cuerpos pertenecientes a dicho Grupo y sin superar las correspondientes

pruebas selectivas de ingreso o promoción interna entre Cuerpos resulta procedente acceder al recurso de casación en interés de la Ley (...).

En términos similares, la STS de 29 de septiembre de 1995 (Ar. 1996, marg. 757) señala que:

con ello "(...) se confunde la titulación exigida en un concurso, en el que pueden participar funcionarios de los Grupos A o B, con la titulación requerida para ingresar en un determinado Cuerpo, en este caso el de Maestros que se agrupa en el B, y en el que no se exige tener un título universitario superior y no cabe en modo alguno crear implícitamente un Cuerpo o Clase a través de un concurso de méritos para acceder, por cuanto los funcionarios que consigan dicho puesto de trabajo continuarán perteneciendo al Grupo en que se encuentre clasificado el Cuerpo de origen de aquéllos, no siendo posible, por ello, acceder a la homologación con los funcionarios que consigan igual puesto de trabajo pero siendo procedentes de un Cuerpo clasificado en el Grupo A, pues unos y otros se encuentran en situación distinta, al haber accedido a su condición de funcionarios con diferente titulación (...).

Como consecuencia de las argumentaciones anteriormente señaladas, que este Consejo hace suyas, y al amparo de las previsiones contenidas al efecto en el art. 102 de la LRJAPC, resulta conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen revise de oficio las Resoluciones de la Dirección General de Personal citadas al concurrir los motivos de nulidad señalados en la citada Propuesta, en la medida en que, efectivamente, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para acceder a los Cuerpos Docentes, esto es, concurso-oposición o promoción interna con vulneración expresa de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad que ha de presidir todo procedimiento de selección de personal; por otra parte, asimismo, mediante las Resoluciones que se revisan se adquieren derechos -el de pertenecer al grupo A- careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, esto es, la pertenencia a un Cuerpo clasificado en el Grupo A de acuerdo con los criterios del art. 25 de la LMRFP, por lo que procede asimismo declarar la nulidad de las repetidas Resoluciones por tal causa, pudiendo entenderse, por último, que, mediante dichas Resoluciones, se vulnera el derecho susceptible de amparo constitucional de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos.



## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, por la que revisa de oficio y declara la nulidad de las Resoluciones de la Dirección General de Personal señaladas, es conforme a Derecho. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que no sería factible jurídicamente la revisión de oficio de aquellos supuestos en los que los interesados hubieran obtenido el derecho a integrarse en el Grupo A en virtud de sentencias judiciales firmes.