



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 / 1 9 9 8

La Laguna, a 30 de enero de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Revisión de oficio de la resolución de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se incluye a funcionarios del cuerpo de maestros con destino en el extinto Servicio Técnico de Orientación Educativa y Profesional (S.T.O.E.P.), en el grupo A (EXP. 126/1997 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, lo constituye la propuesta de resolución que se formula en el procedimiento dirigido a revisar de oficio la Resolución, de 2 de septiembre de 1996, de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes que incluyó a título personal en el grupo A de clasificación funcional a nueve funcionarios del Cuerpo de Maestros destinados en el extinguido Servicio Técnico de Orientación Educativa y Profesional (STOEP).

La legitimación del solicitante del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo, la del titular de la Consejería mencionada para dictar la resolución propuesta y la forma de Orden Departamental de ésta resultan, respectivamente, de los arts. 1.1 y 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC) en relación con el art. 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC); del art. 29.1, g) de la ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias (LRJAPCan); y del art. 42

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con el art. 37 de la misma.

En virtud de los arts. 10.6 LCC y 102.1 LPAC, el Dictamen que se solicita es preceptivo y habilitante de la revisión de modo que sólo si es favorable a la misma se podrá declarar la nulidad.

II

Mediante la Resolución de 2 de septiembre de 1996 de la Dirección General de Personal se incluyó, a título personal, a los funcionarios docentes del Cuerpo de Maestros relacionados en su Anexo en el Grupo A mientras ocuparan destino en el STOEP, fundamentándose esta decisión en el criterio de varias Salas de lo Contencioso de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de Canarias.

Este criterio jurisprudencial ha sido calificado de erróneo y gravemente dañoso para el interés general por la Sentencia de la Sala IIIª. del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1996 (Ar. 3.662), dictada en recurso de casación en interés de la ley y que, por ende, es la que fija la doctrina legal conforme al art. 102-b.4 de la Ley, de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA).

Como antecedente de esta resolución se señala, de una parte, que los funcionarios afectados por la citada resolución, mediante concurso de méritos, accedieron a los puestos de trabajo para llevar a cabo funciones de orientación educativa y profesional; y de otra parte, que la resolución que ahora se pretende anular se dictó en función de las instancias formuladas por los propios interesados en las que afirmaban que la pretensión de pertenecer al Grupo A se basaba en el criterio jurisprudencial citado 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.

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 dos supuestos sustancialmente idénticos al presente en sus Dictámenes 45/1997, de 29 de abril y 77/1997, de 11 de

julio, en relación con la revisión de oficio de determinadas resoluciones por las que igualmente se incluían en el Grupo 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 la resolución a revisar incurre 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 R.D. 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).

La resolución de la Dirección General de Personal que se pretende anular está viciada de nulidad, por lo que es susceptible de la revisión de oficio pretendida por la Propuesta de Resolución que se dictamina en esencia porque, en la misma, 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 fijen 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 *aquellos 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.

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.

Como consecuencia de la doctrina legal establecida en la SSTS Sala Tercera de 19 de abril de 1996 y 29 de septiembre de 1995, y al amparo de las previsiones contenidas al efecto en el art. 102 de la LPAC, resulta conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen revise de oficio la Resolución de la Dirección General de Personal citada 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 la Resolución que se revisa 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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, por la que revisa de oficio y declara la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Personal señalada, es conforme a Derecho.