



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 5 / 2 0 0 8

(Pleno)

La Laguna, a 7 de marzo de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *consulta facultativa sobre la existencia de un derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios con el resto de funcionarios de la Comunidad Autónoma (EXP. 85/2008 CG)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 21 de febrero de 2008, con entrada en el Registro de este Consejo el 22 de febrero, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, al amparo de los arts. 14 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, solicita Dictamen facultativo por el procedimiento de urgencia en relación con la siguiente consulta: sobre "la existencia de un derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios con el resto de los funcionarios de la Comunidad Autónoma". Asunto que invoca como de "especial relevancia", de conformidad con lo establecido por la Ley 5/2002, que exige también que el objeto de la demanda se exprese con claridad y precisión, delimitando la solicitud "el alcance e incidencia de la materia o disposiciones afectadas y el ámbito concreto del pronunciamiento del Consejo".

Sin embargo, el pronunciamiento de este Consejo se refiere a una cuestión genéricamente planteada, sin delimitar los términos concretos sobre los que se requiere el Dictamen, ni las razones de carácter jurídico que motivan la consulta. A la solicitud de Dictamen no se agrega el criterio del Gobierno sobre este asunto, ni cualquier otra documentación, motivación o informe, salvo el escrito presentado por los Sindicatos del sector en el que solicitan la actualización de la homologación.

* **PONENTES:** Sres. Millán Hernández, Lazcano Acedo, Díaz Martínez y Reyes Reyes.

* **VOTO PARTICULAR:** Sres. Fajardo Spínola y Bosch Benítez.

2. La declaración de urgencia con que se ha solicitado este Dictamen se basa, según se indica en el escrito de solicitud del mismo, en la medida adoptada por los Sindicatos de acudir a la huelga en la "totalidad de los centros públicos de enseñanza no universitaria, extensible a los funcionarios docentes adscritos a órganos directivos de la Administración Autónoma y a los Cuerpos de Inspección Educativa", en aras a la ampliación de la homologación retributiva que solicitan con los funcionarios no docentes de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo preaviso de huelga, por escrito indicando su objetivo, supone una medida de autotutela básica, en este caso, de los funcionarios públicos docentes, de cesación del trabajo, acordada y ejercida colectivamente en defensa de sus pretensiones. Derecho que se atribuye a los trabajadores *uti singuli* pero que se ejercita colectivamente mediante el concierto o acuerdo entre ellos (STC 1/1981). Medida, además, que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), extiende expresamente a los empleados públicos, siempre con la adecuada garantía del mantenimiento de los servicios esenciales [art. 15.a) y c) LEBEP].

Realizadas las observaciones precedentes, este Consejo entra a conocer el fondo del asunto en los términos y con el alcance con el que se le ha cursado la presente solicitud facultativa de Dictamen.

3. En la solicitud de Dictamen no se expresan las "disposiciones afectadas" por la presente consulta gubernativa. A ellas, sin embargo, hace referencia la fundamentación del preaviso de huelga, que invoca la Ley 4/1991, de 29 de abril, de Homologación de retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias, y ésta al Decreto 259/1989, de 19 de octubre, al que se remite la mencionada disposición legal.

4. Antes de dar respuesta a la consulta que se nos plantea, ha de indicarse que este Consejo ha dictaminado anteriormente en dos ocasiones determinadas propuestas normativas, alguna de las cuales dieron lugar a determinadas disposiciones legales, que afectan a la materia sobre la que ahora se reitera nuestro parecer.

El Dictamen 2/1990, de 1 de marzo, tuvo por objeto la Proposición de Ley de iniciativa legislativa popular de Retribuciones del personal docente no universitario y el Dictamen 9/1991, de 8 de abril, se refería al Proyecto de Ley de Homologación de retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias.

En el Dictamen 2/1990, este Consejo concluyó que “El establecimiento de un complemento específico sólo puede hacerlo la Comunidad Autónoma de Canarias siempre que éste se adapte a los límites impuestos por la legislación básica sin alterar la propia naturaleza del complemento ni suponer la creación *ex novo* de un concepto retributivo no previsto”. El carácter “lineal e indiferenciado” del complemento, cuya creación se propuso, pugnaba con las disposiciones básicas definitorias de las peculiaridades, en razón de las que se prevén los complementos a las retribuciones de determinados puestos de trabajo.

En efecto, en aquel caso, la equiparación retributiva pretendía conseguir el reconocimiento de un “complemento específico lineal e indiferenciado”. Se expresaba que las Comunidades Autónomas, también Canarias, ostentaban competencia para modular la cuantía de las retribuciones complementarias, por ser al puesto de trabajo, complementando las que por ser básicas define el Estado - “sueldos, trienios y pagas extraordinarias” - como retribuciones del Cuerpo.

Por ello, se consideraba jurídicamente viable que existieran diferencias retributivas entre funcionarios docentes no universitarios en el territorio nacional, siempre que concernieran a las retribuciones complementarias en función de la valoración que las Comunidades Autónomas decidieran asignar a las peculiaridades de los distintos puestos de trabajo.

Dicho lo cual, el complemento propuesto -lineal e indiferenciado- no parecía adaptarse a lo que el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, declarado básico, entendía por complemento específico, destinado a retribuir “las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad”. Por ello, la propuesta implicaba crear “un concepto retributivo nuevo”, diferente del que podría ser aplicable, “siendo por este motivo un exceso competencial manifiesto”.

Podría pensarse que el carácter “indiferenciado” del complemento no significaba que fuera el mismo para todos, sino que se trataría de una cantidad, igual, que se añadiría a los complementos previstos para cada puesto. Sin embargo, esta interpretación tampoco se consideró viable, porque la única finalidad perseguida por la Proposición de Ley era “la equiparación salarial, y no una diferente cuantificación de los criterios que legalmente se fijan para el establecimiento de un complemento específico”, tal cual lo define la Ley.

Tampoco encontraría apoyo en el art. 14 CE, en virtud del cual todas las categorías de funcionarios con la misma titulación al servicio de las diversas Administraciones públicas deban tener asegurado un mismo coeficiente multiplicador (complemento específico, diríamos en este caso). La simple constatación de la diferencia retributiva entre dos Cuerpos con igual titulación no puede servir de fundamento suficiente para una presunta vulneración del principio de igualdad.

Y es que la equiparación se pretendía básicamente en términos tales que "a igual titulación igual retribución", cuando lo que ha de ser comparable son las funciones; es decir, "a igual función, igual retribución" (conforme al art. 81.3 de la Ley 2/1987 de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, serán retribuidos de idéntica manera y en idéntica cuantía "los puestos de trabajo que requieran la misma titulación y el mismo grado de dificultad en la selección y cuyas tareas y condiciones de trabajo sean similares"), resultando complejo establecer con qué funcionarios no docentes se pretendía realizar la comparación, siendo así que las funciones desempeñadas por unos y otros son esencialmente diversas.

El Dictamen 9/1991 concluyó que "Si bien no puede entenderse *a priori* que el complemento específico que se pretende regular lesiona el principio de igualdad de retribuciones previsto en la legislación básica del Estado, la regulación del mismo contenida en el Proyecto parece no atemperarse a las exigencias que se derivan de su propia naturaleza".

En esta ocasión, la homologación retributiva se articulaba mediante la creación de un complemento específico que podía ser "docente" y de "especial responsabilidad".

El complemento docente "retribuye la especial dedicación que supone la docencia", lo que no se ajusta a la naturaleza del complemento específico que retribuye, conforme con la legislación básica, "algunos puestos de trabajo" en razón de las singularidades que en los mismos concurren, bien entendido que conforme con aquella misma legislación ningún funcionario puede hallarse en dos o más situaciones objetivas configuradoras de supuestos de complemento específico.

Por ello, se concluía que con la propuesta formulada no se perseguía mejorar "las condiciones de determinados puestos de trabajo, sino simplemente la homologación retributiva de los funcionarios docentes con los demás de la Comunidad Autónoma". El régimen retributivo no parte de la base de que a "igual titulación corresponde igual retribución", sino de que a "igual función se asigna igual

retribución". En el mismo sentido, entre otras, las SSTC 68/1989, 57/1990 y 236/1994.

Por otro lado, también el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la consulta de homologación entre el personal funcionario docente universitario y el no docente (Dictamen del Consejo de Estado 2061/1998, de 4 de junio).

5. La Comunidad Autónoma de Canarias, como ya se señaló en el Dictamen 2/1990 de este Consejo, ostenta competencia para regular la materia concernida en virtud de lo previsto en el entonces vigente art. 32.2 de su Estatuto de Autonomía, según el cual "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen jurídico de la Administración canaria y de sus funcionarios (...)", en la actualidad, apartado 6 del citado art. 32, que se refiere al régimen estatutario de sus funcionarios.

La legislación básica en la materia, dictada al amparo de lo previsto en el art. 149.1.18ª CE, venía entonces constituida por la citada Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aún vigente en los términos previstos en la disposición derogatoria única en relación con la disposición final cuarta de la también citada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La normativa autonómica dictada en ejercicio de la competencia prevista en el art. 32.2 del Estatuto es la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que regula el régimen retributivo de sus funcionarios en su Título VII y, en particular, el art. 82, referido a los conceptos retributivos, que viene a ser una reproducción de lo previsto en la normativa básica (art. 23 LMRFP).

Por lo que se refiere en concreto al sistema de retribuciones, como se ha señalado en el citado Dictamen 2/1990: "Del análisis de los arts. 23 y 24 de la Ley 30/1984 resulta que lo que se considera básico son los conceptos retributivos, es decir, la estructura de las remuneraciones que han de percibir los funcionarios. La existencia de sueldos, trienios y pagas extraordinarias como retribuciones básicas, han de ser además, conforme con el art. 24.1, iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los Grupos en que se clasifican los Cuerpos, Escalas, Categorías o Clases de funcionarios; y la de las retribuciones complementarias, que han de ser las que diseña la Ley -complementos de destino, específico, de productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios- sin que las mismas

puedan modificarse en cuanto tales por las distintas Comunidades Autónomas, aunque sí quepa determinar por ellas su cuantía”.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 103/1997, ha sostenido que las bases estatales en la materia, en particular este art. 24 de la Ley 30/1984, dejan margen al ejercicio de la competencia autonómica a fin de que ésta adopte una política retributiva propia respecto a sus funcionarios, dado que la exigida igualdad de la cuantía deja libertad de opción en lo tocante a las retribuciones complementarias, y posteriormente la STC 330/2005, de 15 de diciembre, reiterando los AATC 1268/1987, de 10 de noviembre y 1053/1988, de 26 de septiembre, asume y acepta que las Administraciones Públicas (con mayor lógica, el Legislador) disfruta de cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio, “en especial cuando se trata de resolver situaciones particulares, que razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes jurídicos o retributivos”.

Por consiguiente, la Comunidad Autónoma ostentaba en el momento de aprobación de la Ley 4/1991 y sigue ostentando en la actualidad determinada autonomía derivada de su competencia para proceder a regular o incrementar en concreto una parte de las retribuciones del personal docente no universitario, las de carácter complementario.

Por otra parte, el hecho de que en todos los puestos de trabajo se establezca el complemento específico no significa necesariamente que haya sido otorgado en contravención de lo previsto en la normativa básica. Es cierto que ésta se refiere a *algunos puestos* en los que concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas, pero ello no impide que, si se aprecia que alguna o algunas de ellas concurren en los puestos docentes, éstos sean dotados del complemento específico. En este sentido, la STS de 3 de mayo de 2000 (RJ 2000\4573) no cuestionó la circunstancia de que se fijara el complemento específico para todos los puestos de trabajo a que se refería su pronunciamiento, poniendo su atención en el análisis de si había sido otorgado de manera injustificada o fraudulenta por no constar justificadas las razones que motivaron su establecimiento de acuerdo con las exigencias legales.

II

1. El régimen jurídico de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias se halla recogido en la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, cuyo art. 2.2 dispone que: "Se podrán dictar normas específicas para adecuar la

aplicación de la presente Ley a las peculiaridades del personal docente". Sin embargo, la Ley no crea (en su disposición adicional primera) Cuerpo alguno o Escala de personal docente, por lo que se consideró que tales funcionarios "son estatales y no autonómicos", lo que guarda coherencia con el hecho de que el art. 30.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico excluye a los funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas de carácter nacional de la obligación de integrarse en los Cuerpos o Escalas propios de cada Comunidad Autónoma. Pero "la pertenencia a un Cuerpo no predetermina el carácter de la función pública que resulta concernido, pues se puede pertenecer a un Cuerpo de carácter estatal y, sin embargo, ser funcionarios de la Comunidad Autónoma".

De hecho, el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley 30/1984 señala que: "En el marco de las competencias en materia educativa atribuidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente de conformidad con lo que se establezca en las normas básicas que regulen los aspectos señalados en el punto 2 de esta disposición adicional", que regula precisamente las peculiaridades de los Cuerpos docentes de carácter estatal. Así, la STC 75/1990 reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas para ordenar la función pública docente en su propio territorio, sin que "sea obstáculo a su ejercicio, desde luego, la sola constatación del carácter nacional (o estatal) del Cuerpo de Profesores de EGB", pues lo relevante no es pertenecer a un Cuerpo, sino "depender", independientemente de quién sea el Cuerpo, siendo claro que, hoy por hoy, dicha dependencia es autonómica.

El Consejo, pues, estimó cuestionable la aprobación de un complemento lineal e indiferenciado por cuanto alteraba la naturaleza del régimen retributivo del personal docente al no atenderse a la naturaleza del complemento específico. También cuestionó, en su momento, la homologación retributiva, aunque de forma más matizada, pues la homologación, de conformidad con los principios que se desprenden de la legislación vigente, debería partir de una premisa previa: La identidad de funciones. Sin perjuicio -matizó el Consejo- de que se efectúe esa homologación por razones de "oportunidad o conveniencia", valoración sobre la que este Consejo rehusó pronunciarse.

Aprobada la Ley 4/1991, de 29 de abril, de Homologación de retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo objeto declarado (art. 1) no era otro que "homologar, en un plazo de cinco

años, las retribuciones de los funcionarios docentes (...) con las que actualmente correspondan a los puestos base de la Administración, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 259/1989". A tal efecto, se ordena la tabla retributiva (art. 2) en la que el complemento específico es doble: El "docente" (que comprende actividades de tutoría y asimiladas, participación en actividades de formación y de recuperación y atención de alumnos, (art. 4) y el de "especial responsabilidad" que retribuye los puestos así conceptuados (art. 5).

Al margen de cualquier otra consideración teórica, lo cierto es que la mencionada Ley 4/1991 no sólo no ha sido cuestionada ante la Jurisdicción Constitucional, sino que ha sido aplicada sin incidencia por los Tribunales de Justicia, que a su amparo han venido resolviendo las pretensiones de los funcionarios demandantes a la percepción de las cantidades expresivas de la homologación (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 9 de junio de 1999, RJCA 1999/2452; 15 de octubre de 1999, RJCA 1999/5070; 28 de enero de 2000, JUR 2000/263107; 27 de octubre de 2002, RJCA 2000/2781; 8 de enero de 2002, JUR 2002/277286; y 11 de enero de 2002, JUR 2002/277294). Más aún, mediante Sentencias del mismo Tribunal de 22 de abril de 1998 y de 20 de mayo de 1998 -y cuya ejecución por el Gobierno determinó que se solicitara Dictamen de este Consejo, emitiéndose el 74/1998- por las que se anularon parcialmente los Decretos 18/1995, de 10 de febrero, y 25/1996, de 9 de febrero, en los que se dictaban Instrucciones sobre el régimen y cuantía de las retribuciones de los altos cargos, personal eventual y laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. La consulta que ahora se plantea se refiere a la "existencia de un derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios". Existen varios niveles de respuesta, todos complementarios, pero que, a efectos de claridad expositiva, expondremos de forma sistematizada.

A. Hemos de partir de una premisa lógica y jurídica, La Ley 4/1991 estableció el derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes. La creación de ese derecho se anuda entre otros a un parámetro material de aplicación (Decreto 259/1989) y a un parámetro temporal de consecución ("en un plazo de cinco años"). Eso es lo que pretende la Ley y lo que propuso antes el Gobierno, cuando aprobó el Proyecto de Ley correspondiente, que fue sometido a Dictamen de este Consejo. La decisión política (política educativa y funcionarial) de proceder a esa homologación fue seguida de su exteriorización normativa con la aprobación de la Ley. A los

docentes se les reconocía la homologación retributiva en los términos de la citada Ley 4/1991, pero sujeta al plazo temporal de cinco años.

La Ley 4/1991, de 29 de abril, realizaba la homologación mediante dos instrumentos: a) sobre el complemento específico y b) conforme con las retribuciones de los funcionarios no docentes al servicio de la Comunidad Autónoma, en los términos fijados por el Decreto 259/1989, de 19 de octubre.

Dentro del complemento específico se fijaba el docente, para la generalidad de los puestos, y otro, de especial responsabilidad.

Se establece el deber de desempeñar determinadas funciones para la retribución del complemento específico y que durante la ejecución del plan los incrementos asignados absorberán las mejoras que pudieran corresponder, salvo que las mismas recayeran sobre retribuciones básicas.

Ahora bien, el complemento específico contenido en la Ley 30/1984, que se conserva en el Estatuto aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo o, siguiendo el criterio amplio actual, "las condiciones en que se desarrolle el trabajo".

El complemento específico retribuye el concreto puesto de trabajo que se realiza. Su fijación exige el examen de las funciones asignadas objetivamente al puesto y de las condiciones particulares que generan el complemento específico. Existiendo justificación para ello, puede aceptarse una asignación generalizada del complemento específico a la totalidad de los puestos (...) y a igualdad de funciones con otros puestos ha de reconocerse. Su modificación posterior exige una nueva valoración que demuestre la alteración de las funciones. No obstante, este complemento se ha visto desnaturalizado al ser utilizado para finalidad distinta, como es el compensar diferencias retributivas.

B. La Ley 4/1991, más allá de los aspectos que conciernen a su corrección técnico-jurídica, no es sino la expresión normativa, en cuanto a las retribuciones, de una decisión política temporal.

Claro que, es sabido, la decisión política debe dotarse de la adecuada vestidura jurídica precisa para que la misma sea legítima y vinculante para los funcionarios del colectivo afectado. Desde esta perspectiva, este Consejo Consultivo en los mencionados Dictámenes expresó reparos a la forma en que se articulaban las

propuestas de retribución complementaria entonces tramitadas. No es menester reiterar lo expresado anteriormente, pero a los fines que nos interesan sí debemos apuntar ahora alguna conveniente matización.

La primera, que la actividad docente no es homologable materialmente a cualquier otra actividad de gestión administrativa de un servicio público. De igual manera acontece con la sanitaria. Y justamente, como en la Sanidad, nos encontramos con una actividad en la que se deben valorar las condiciones singulares en que se desarrolla el trabajo. No se trata sólo de impartir docencia, sino de impartirla en condiciones que, de ordinario, no concurren en ningún otro puesto de trabajo de cualquier otro servicio público. Y, con mayor razón en el ámbito educativo, como en el sanitario, respecto a los que la Ley de la Función Pública dispone que se rijan por disposiciones especiales, lo que no es sino el reconocimiento de que no estamos ante servicios públicos generales, sino especiales. De hecho, en la Sanidad, también se ha aprobado la denominada "carrera profesional" del personal sanitario, que no es sino una forma de retribución complementaria. Con el mismo fundamento que para el personal docente.

Partiendo de esta premisa, habría que cuestionar la cuantía de ese complemento. Podía haberse fijado una cantidad alzada de valoración discrecional, es decir, política, decisión que se refuerza por el hecho de que estamos ante un servicio público *singular*. O se podía tomar no a título comparativo -pues la docencia no se podía comparar con otra actividad, como observó este Consejo en su día- sino ejemplificativo: *Ya que no hay ni puede haber criterio de comparación, la Ley 4/1991 valoró el complemento específico remitiéndose al complemento específico del puesto base de la Administración autonómica.*

3. El derecho a la homologación retributiva lo establece la Ley 4/1991 marcando un plazo de cinco años para su aplicación. En este extremo conviene recordar que la disposición final segunda de la Ley 4/1991 permite al Gobierno de Canarias dictar las disposiciones reglamentarias que precisara el desarrollo y aplicación de la citada Ley, negociándose previamente con los Sindicatos del Sector (...).

Por este carácter temporal de la Ley, la Circular de 1 de 28 de enero de 2008, relativa a las retribuciones salariales del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias, se refiere a los funcionarios docentes (instrucción 2).

Debe precisarse que tal Circular aplica la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Funcionario Público -a la que cita expresamente-, cuyo art. 76, en efecto, distingue dentro del Grupo A los Subgrupos A1 y A2 en razón de la

“responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso”.

Dicho esto, debemos tener presente que el mencionado Estatuto se ha dictado al amparo del art. 149.1.18ª CE, por concernir al “régimen estatutario de los funcionarios” (disposición final primera); que, no obstante, según el art. 2.3 de la citada Ley, el “personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se registrarán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II (Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna) del Título III, salvo el art. 20 (La evaluación del desempeño), y los arts. 22.3 (relativo al alcance de las retribuciones complementarias), 24 (Retribuciones complementarias) y 84 (La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas)”.

Asimismo, “los Capítulos II (arts. 16 a 20) y III (21 a 30) del Título III (Derechos Retributivos), excepto el art. 25.2 (sobre trienios) y el Capítulo III (Provisión de puestos de trabajo y movilidad, arts. 78 a 84) del Título V (Ordenación de la actividad profesional) producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto”.

La Ley básica se remite a la Ley autonómica para que concrete sus determinaciones y mantiene la legislación específica que las Comunidades Autónomas puedan dictar en relación con el personal docente.

4. Tal como hemos señalado anteriormente, el art. 1 de la Ley 4/1991, de 29 de abril, de Homologación de retribuciones, se remitía a lo establecido en el Decreto 259/1989, de 19 de octubre, del Gobierno de Canarias.

Este Decreto establece la homologación de los niveles de complementos de destino y complementos específicos de las Jefaturas de Servicios, Sección y Negociado, puestos bases de los Grupos A y B, y Secretarios de Consejeros, Viceconsejeros y Altos Cargos.

Con esta defectuosa técnica legislativa, el Legislador de 1991 no ampliaba el poder normativo de la Administración por vía singular, mediante un apoderamiento concreto referido a la materia de que se trata, asignando al producto normativo de la Administración rango o fuerza de ley, sino que simplemente se remitía a un Decreto de la Administración ya aprobado que no por ello alteraba su valor reglamentario.

La citada técnica de reenvío, por otro lado, no expresaba el contenido concreto de aplicación de los diversos preceptos que integran el Decreto 259/1989, lo que conlleva una labor accesoria de adecuación del mismo a la Ley 4/1991, que determinaba que el núcleo esencial de la regulación de la homologación fuera la Ley 4/1991 y no el Decreto 259/1989. Por todo ello, la regulación prevista en el Decreto 259/1989 carecía de rango o fuerza de ley y permitía a la Administración modificar o sustituir la mencionada regulación reglamentaria. Es la Ley 4/1991 a la que correspondía introducir los elementos básicos y definidores de la homologación otorgando con ello seguridad jurídica a la materia.

5. La Ley 4/1991, de 29 de abril, de Homologación de Retribuciones de los Funcionarios Docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias tiene por objeto homologar, en un plazo de cinco años, las retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma, con las que correspondan a los puestos bases de la Administración. La *voluntas legis* de la Ley 4/1991 es la de regular las situaciones de los funcionarios docentes no universitarios según la conveniencia y utilidad del momento concreto en el que se dicta la norma, que establece un período temporal de cinco años para alcanzar la homologación.

Esta vocación temporal de la norma legal no sólo se plasma en la parte dispositiva de la Ley (art. 1), sino también en la *voluntas legislatoris* al señalar expresamente el Legislador en la introducción justificativa de la Ley que se “establece un plan de cinco años de incrementos retributivos sobre el complemento específico, de forma tal que, concluido dicho Plan, se considerará lograda la homologación (...). Por ello, concluido dicho período temporal, se considera concluida la homologación, que por tal razón no puede extenderse a períodos nuevos ni distintos, *cessante ratione legis cessat lex ipsa*. El Gobierno de Canarias ha venido estableciendo los incrementos de las retribuciones del personal docente a través de Leyes y Decretos, en aplicación de determinados pactos sociales por la educación en Canarias, como el Decreto 110/2002, de 26 de julio, que mejora el régimen y cuantía de las retribuciones de determinado personal docente no universitario al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio 2002, el Decreto 110/2002, que ha sido objeto de aplicación y pronunciamiento jurisdiccional, desestimando el derecho al complemento cuando la actividad no está contemplada en el citado Decreto 110/2002 (STSJC, Las Palmas, 8/2007, Sección 1ª, de 23 de enero), el Decreto 56/1997, de 14 de abril, sobre régimen y cuantía de las retribuciones (...) y personal al Servicio de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 1997, o el Decreto 129/2004, de 15 de septiembre, que regula la consolidación parcial del

complemento específico de especial responsabilidad de los directores de centros públicos docentes.

La evolución del sistema retributivo es, en consecuencia, contraria a un sistema cerrado e indefinido de retribución. No genera *per se* ampliación alguna por homologación. En este sentido el Estatuto Básico, remite la regulación de las retribuciones complementarias dentro de determinados criterios a las diversas Administraciones Públicas y la elevación de la cuantía de las pagas extraordinarias, teniendo en cuenta que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario, como correctamente han venido realizando las Leyes de Presupuestos de Canarias (entre otras, las Leyes 13/1997, de 13 de diciembre; 11/1998, de 23 de diciembre; 14/1999, de 28 de diciembre; 7/2000, de 28 de diciembre; 9/2001, de 28 de diciembre; 13/2002, de 27 de diciembre; 22/2003, de 30 de diciembre, etc.).

Por otra parte, las retribuciones complementarias retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzado por el funcionario, atendiendo a la progresión alcanzada por el funcionario, la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidades, o las condiciones en las que se desarrolla el trabajo, grado de interés, iniciativa o esfuerzo, rendimiento o resultados obtenidos.

La Comunidad Autónoma de Canarias en el ejercicio de su competencia disfruta de autonomía para fijar, mediante norma de rango legal, tanto la estructura como el importe de los conceptos complementarios de sus funcionarios.

6. En suma, en relación con el objeto de la consulta formulada pueden señalarse las siguientes consideraciones:

1. No existe actualmente derecho de homologación de las retribuciones de los funcionarios que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias con los puestos base de los restantes funcionarios de la Comunidad, ya que de los términos de la Ley 4/1991, de 29 de abril, la citada homologación retributiva se tenía que alcanzar en un plazo de cinco años. Del mismo modo que no es posible la actualización del suplemento de crédito al que se refiere la misma Ley (disposición adicional segunda).

2. La homologación de las retribuciones, dentro del término temporal de cinco años, se realizaba "con los puestos base de la Administración, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 259/1989 del Gobierno de Canarias (art. 1 de la Ley 4/1991) y con el desarrollo y aplicación de la citada Ley por dicho Gobierno, de conformidad con la disposición final primera. Y se realizaba con incrementos retributivos sobre el complemento específico, fijándose un complemento específico sobre la generalidad de los puestos y un complemento específico de especial responsabilidad. Técnica normativa a la que este Consejo Consultivo formuló determinados reparos que se plasmaron en la crítica correctiva formulada al entonces Proyecto de Ley (DCC 9/1991).

C O N C L U S I Ó N

La homologación retributiva, objeto de regulación por la Ley 4/1991, concluyó en el plazo de cinco años al que se refiere la propia norma legal, lo que no impide, en su caso, el reconocimiento de incrementos anuales de las retribuciones de los funcionarios docentes no universitarios.

En consecuencia, no existe, actualmente, derecho de homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios con el resto de funcionarios de la Comunidad Autónoma, en los términos expresados en la fundamentación del presente Dictamen.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS CONSEJEROS DON ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ y DON LUIS FAJARDO SPÍNOLA AL DICTAMEN 85/2008, DE 7 DE MARZO DE 2008, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, EMITIDO EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FACULTATIVA SOLICITADA POR EL EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO A LA HOMOLOGACIÓN RETRIBUTIVA DE LOS FUNCIONARIOS DOCENTES NO UNIVERSITARIOS CON EL RESTO DE FUNCIONARIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA (EXP. 85/2008 CG).

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Consejeros del Consejo Consultivo de Canarias por el apartado 2 del art. 17 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, expresamos en este Voto Particular y con pleno respeto a la opinión de la mayoría nuestra discrepancia, que fundamos en las siguientes consideraciones:

I

Se solicita por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno Dictamen facultativo sobre la existencia de un derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios con el resto de funcionarios de la Comunidad Autónoma.

La solicitud de Dictamen se ampara en lo previsto en el art. 14 de la Ley 5/2002, que prevé la emisión, a solicitud del Presidente del Parlamento o del Gobierno, de Dictámenes de carácter facultativo en asuntos de especial relevancia. El precepto exige, no obstante, que el objeto de la consulta se exprese con claridad y precisión, delimitando el alcance e incidencia de la materia o disposiciones afectadas y el ámbito concreto del pronunciamiento del Consejo.

En el presente caso, la consulta recibida no responde a las exigencias del precepto legal citado. Se solicita un pronunciamiento de este Consejo sobre una cuestión genéricamente planteada, sin delimitar los términos sobre los que se requiere un pronunciamiento ni las razones de carácter jurídico que motivan la consulta. En la solicitud, además, no se contiene la postura del Gobierno sobre este asunto, sino que se adjunta el escrito presentado por los Sindicatos del sector en el que alegan el derecho a la homologación. No se recaba, pues, un pronunciamiento sobre los problemas de carácter jurídico que plantea al Gobierno la normativa que resulte de aplicación, que debiera constituir el objeto de este Dictamen, pretendiéndose, en suma, que este Organismo actúe como órgano asesor, función que no es la propia del Consejo Consultivo sino de los Servicios Jurídicos del Gobierno.

II

La normativa de aplicación a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios, en la que se encuentra el origen de la consulta, aunque no se aluda a ella, viene constituida por la Ley 4/1991, de 29 de abril, de Homologación de retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias, y el Decreto 259/1989, de 19 de octubre, por el que se establece la Homologación de los niveles de complementos de destino y complementos específicos de las Jefaturas de Servicios, Sección y Negociado, puestos base de los grupos A y B, y Secretarios de Consejeros y Viceconsejeros y Altos Cargos.

La Ley 4/1991, de acuerdo con su art. 1, tiene por objeto homologar, en un plazo de cinco años, las retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en

la Comunidad Autónoma con las que actualmente correspondan a los puestos base de la Administración, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 259/1989.

A estos fines, la Ley establece un plan de cinco años de incrementos retributivos sobre el complemento específico de tal forma que, concluido dicho plan, se considerará lograda la homologación con las retribuciones de los funcionarios no docentes. En este sentido, se modifica el complemento específico, fijándose, por un lado, un complemento específico docente para la generalidad de los puestos, que retribuye la especial dedicación que supone la docencia e implica el desempeño de las funciones de tutorías y otras asimiladas [art. 2.B.a)] y, por otro, un complemento específico diferente para puestos que conllevan una especial responsabilidad, que retribuye los puestos así conceptuados [art. 2.B.b)].

III

La consulta gubernativa acerca de la existencia del derecho a la homologación sólo puede ser contestada afirmativamente, puesto que la Ley 4/1991 reconoce precisamente el derecho a la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios en los términos previstos en su art. 1. Es la Ley autonómica la que ha concedido esta homologación y la misma debe ser aplicada a los efectos previstos, esto es, con el objetivo de alcanzar la igualdad de retribuciones de estos funcionarios con las que corresponden a los puestos base de la Administración autonómica.

A lo que no obsta que, como antes se ha mencionado, por obvias razones la propia Ley establezca un período de tiempo de cinco años de incrementos retributivos a cuyo término se logrará plenamente la homologación dispuesta, aunque el derecho a alcanzar se prevea anteriormente, si bien que condicionado a las cuantías y plazos fijados en el Anexo de la propia Ley (art. 3). No se trata, por definición y teniendo en cuenta su objeto y finalidad, de un derecho a la homologación de naturaleza temporal, vigente sólo durante ese período, sino de un derecho plenamente reconocido, sin más límite en el tiempo que el de la vigencia de la norma que lo establece, aunque demorado en cuanto a la percepción de la retribución que corresponda en virtud del nuevo complemento específico docente que la Ley crea y que sirve de mecanismo para alcanzar la igualdad de retribuciones. Por eso, una vez alcanzada ésta tras el período de cinco años, sigue siendo obligado mantenerla en el tiempo, de modo que el personal docente no universitario debe, en aplicación de la Ley que lo prevé y exige, continuar en iguales condiciones de homologación retributiva en relación con las que correspondan a los puestos base de la Administración. En definitiva, la normativa que regula la homologación y crea este

derecho, en cuanto existe y sigue en vigor, debe cumplirse, de modo que *el vencimiento del plazo refuerza y no atenúa la necesidad de su cumplimiento*, siendo patente que la modificación o modulación de los términos de ese derecho de previsión legal deberá hacerse por instrumento de igual naturaleza.

Justamente por ello, la referencia a las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias que lleva a cabo el Dictamen de la mayoría es de todo punto pertinente, pero no para sostener la consecuencia a la que se llega. En efecto, una cosa es *la vigencia* del derecho legalmente establecido (en 1991) y otra muy diferente es *el plazo* que la misma Ley otorga para que se lleve a cabo la equiparación retributiva (cinco años). Pues bien, reiteramos, como así de hecho entiende el Parlamento autonómico y antes el propio Gobierno al remitirle el correspondiente Proyecto legislativo, que, alcanzada la equivalencia, *el derecho debe seguir cumpliéndose* porque sigue existiendo en todo momento. Dicho de otra manera, lograda la homologación al cabo de cinco años por expreso mandato legal, ésta debe continuar garantizándose por el Gobierno y el Parlamento de Canarias en los ejercicios posteriores salvo que se derogue o se modifique la Ley 4/1991.

En cuanto a la afirmación de la Conclusión del Dictamen sobre la posibilidad de que las Leyes de Presupuestos, al cuantificar las retribuciones de los funcionarios docentes mediante los correspondientes conceptos retributivos, establezcan incrementos con similar fin que la homologación establecida en su momento, ha de advertirse que, como es notorio, esta clase de Leyes no pueden crear derechos de este tipo. Es más, en puridad, cuando estas Leyes contienen estas previsiones se limitan a respetar tal homologación, pero no a crear derecho retributivo alguno.

Una solución contraria a la que mantenemos llevaría a la situación, de perceptible falta de lógica jurídica y manifiesta ilegalidad, de considerar que, alcanzada la homologación, desapareció el derecho que lo ha de conseguir una vez agotado el período de cinco años que la propia norma legal fijó para la plena realización de la equivalencia retributiva. En fin, es obvio que no es formal o materialmente asumible que la Ley se aprobara con el objetivo de trazar un plan que llevara a la homologación de las retribuciones de los funcionarios docentes no universitarios para después abandonar la homologación transcurridos el período de cinco años previsto. Semejante absurdo no se desprende en absoluto ni de la Exposición de Motivos ni del art. 1 de la Ley 4/1991. Y como no podía ser de otro modo, es patente que no puede afirmarse que no existe derecho a la homologación

pese a seguir vigente la Ley, porque se está cumpliendo, al menos de forma aparente, la homologación establecida, pues, precisamente, se cumple porque existe ese derecho. Cuestión diversa es determinar si el Gobierno de Canarias ha venido cumpliendo correctamente con el derecho reconocido y en vigor; pero hemos de advertir que este aspecto del asunto no es objeto de la consulta facultativa que se nos ha formulado.

Con todo, en el Dictamen aprobado no sólo se afirma la inexistencia actual del derecho a la homologación al haber transcurrido el plazo de cinco años previsto en la Ley 4/1991, de 29 de abril, sino que además se asegura que “no es posible la actualización del suplemento de crédito al que se refiere la misma Ley (disposición adicional segunda)”. Sin embargo, lo que no tiene en cuenta la mayoría en este concreto punto es que el mecanismo de financiación recogido en la Ley *no es en sí mismo el derecho reconocido por dicha norma*, habiéndose arbitrado en su día (al tiempo de aprobación de la Ley 4/1991, claro está) una financiación *ad hoc* en la citada disposición adicional segunda para conseguir la homologación concedida y garantizada a los funcionarios docentes no universitarios en el plazo de cinco años.

IV

Por otra parte, dada la generalidad e indefinición de la consulta gubernativa, y resultando evidente que la Ley 4/1991 ha reconocido el derecho a la homologación, puede considerarse si tal consulta se dirige, aunque implícita o indirectamente, a recabar un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la Ley 4/1991, como parece entender el Dictamen de algún modo.

Ante todo debe señalarse que la constitucionalidad de esta Ley no ha sido cuestionada, al no haberse planteado recurso alguno ante el Tribunal Constitucional, por lo que, desde esta perspectiva, resulta plenamente vigente y aplicable, como así de hecho lo ha llevado a cabo la propia Administración, si bien al parecer del sector afectado, no en debida forma. Esta Ley también ha sido aplicada por los órganos jurisdiccionales (SSTSJ de Canarias 428/1998, 566/1998, 711/1999, 1349/1999, 144/2000, 1428/2000, 13/2002 y 17/2002), que no han cuestionado la constitucionalidad de su contenido y han estimado las pretensiones de los interesados en aplicación de la misma en el sentido de reconocerles el derecho al abono de las cantidades resultantes del incremento por sucesivos Decretos de las cuantías inicialmente fijadas en el Anexo de la Ley 4/1991.

Precisamente, en relación con la ejecución de algunas de estas Sentencias, se emitió el Dictamen de este Consejo 74/1998, en el que se apreció la conformidad a Derecho de la modalidad de pago pretendida por el Gobierno a fin de proceder a la ejecución de las mismas de la forma menos gravosa para la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, sin plantear problema alguno al respecto, particularmente en relación con la Ley de 1991 o el derecho en ella previsto.

Por otra parte, este Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de fondo; esto es, la homologación retributiva de los funcionarios docentes no universitarios en sus Dictámenes 2/1990, sobre la Proposición de Ley de iniciativa popular de Retribuciones del funcionariado docente no universitario, y 9/1991, recaído en relación con determinadas cuestiones relativas al Proyecto de Ley de Homologación de retribuciones de los funcionarios docentes que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias.

En estos Dictámenes, en esencia, se cuestionó la procedencia de llevar a cabo la homologación a través de un complemento específico docente indiferenciado asignado a todos los puestos de trabajo, al considerar que parece “no atemperarse a las exigencias que se derivan de su propia naturaleza”, consistente, de acuerdo con la legislación básica, en la retribución de las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.

En cualquier caso, aparte de poderse cuestionar, a su vez, la adecuación técnica o constitucional de los argumentos de estos Dictámenes, *lo cierto es que la homologación fue establecida por medio de la Ley 4/1991, que, como ya se ha señalado, en su art. 2 crea el complemento específico docente, directamente encaminado a la consecución de aquel objetivo.*

Y no menos cierto es que esta Ley, que se estima en lo esencial conforme con la Constitución, no ha sido declarada inconstitucional; lo que hace innecesario cualquier pronunciamiento en este sentido. No obstante, se significa que la Comunidad Autónoma, como ya se señaló en el Dictamen 2/1990 de este Consejo, ostenta competencia para regular la materia concernida en virtud de lo previsto en el entonces vigente art. 32.2 de su Estatuto de Autonomía, según el cual “en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen jurídico de la Administración canaria y de sus funcionarios

(...)”. Esta competencia viene recogida en la actualidad en el apartado 6 del citado art. 32, que se refiere al régimen estatutario de sus funcionarios.

V

La legislación básica en la materia, dictada al amparo de lo previsto en el art. 149.1.18ª CE, venía entonces constituida por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aún vigente actualmente en los términos previstos en la disposición derogatoria única en relación con la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La normativa autonómica dictada en ejercicio de la competencia prevista en el art. 32.2 del Estatuto es la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que regula el régimen retributivo de sus funcionarios en su Título VII y, en particular, el art. 82, referido a los conceptos retributivos, que viene a ser una reproducción de lo previsto en la normativa básica (art. 23 LMRFP).

Por lo que se refiere en concreto al sistema de retribuciones, resulta que el mismo Dictamen 2/1990 reconoce que: “Del análisis de los arts. 23 y 24 de la Ley 30/1984 resulta que lo que se considera básico son los conceptos retributivos, es decir, la estructura de las remuneraciones que han de percibir los funcionarios. La existencia de sueldos, trienios y pagas extraordinarias como retribuciones básicas, que han de ser además, conforme el art. 24.1, iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los Cuerpos, Escalas, Categorías o Clases de funcionarios; y la de las retribuciones complementarias, que han de ser las que diseña la Ley -complementos de destino, específico, de productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios- sin que las mismas puedan modificarse en cuanto tales por las distintas Comunidades Autónomas, aunque sí quepa determinar por ellas su cuantía”.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 103/1997, ha sostenido que las bases estatales en la materia, en particular este art. 24 LMRFP, deja margen al ejercicio de la competencia autonómica a fin de que ésta adopte una política retributiva propia respecto de sus funcionarios, dado que la exigida igualdad de la cuantía deja libertad de opción en lo tocante a las retribuciones complementarias.

Por consiguiente, la Comunidad Autónoma ostentaba en el momento de aprobación de la Ley 4/1991, y sigue ostentando en la actualidad, competencia para

proceder a la regulación, en concreto, de las retribuciones del personal docente no universitario, y, dentro de ellas, del complemento específico asignado a los puestos correspondientes.

Por otra parte, el hecho de que en todos los puestos de trabajo se establezca el complemento específico no significa necesariamente que haya sido otorgado en contravención de lo previsto en la normativa básica. Es cierto que ésta se refiere a algunos puestos en los que concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas, *pero ello no impide que, si se aprecia que alguna o algunas de ellas concurren en los puestos docentes, éstos sean dotados del complemento específico.* En este sentido, la STS de 3 de mayo de 2000 no cuestionó la circunstancia de que se fijaran el complemento específico para todos los puestos de trabajo a que se refería su pronunciamiento, poniendo su atención en el análisis de si había sido otorgado de manera injustificada o fraudulenta por no constar justificadas las razones que motivaron su establecimiento de acuerdo con las exigencias legales.

Por todo lo expuesto es por lo que formulamos este Voto Particular, manifestando una vez más nuestro pleno respeto al criterio de la mayoría.