



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 7 8 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio iniciada mediante Orden 671/2010, de 2 de agosto, de la Resolución nº 09/6737 de 10 de julio de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo, por la que se autorizó la excedencia voluntaria por agrupación familiar formulada por A.M.A.S. (EXP. 786/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Empleo, Industria y Comercio, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio, iniciado por la Administración mediante la Orden Departamental 671/10, de 2 de agosto de 2010, con el propósito de declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución número 09/6737, de 10 de julio de 2009, por la que el Director del Servicio Canario de Empleo (SCE) autorizó la excedencia voluntaria por agrupación familiar a una empleada de dicho organismo autónomo.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Consejero para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

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

3. El Dictamen, según el art. 102.1 LRJAP-PAC, es vinculante en el sentido de que habilita la declaración de nulidad, si fuere favorable; o la impide, si fuere desfavorable.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un Dictamen de fondo.

II

1. En un juicio ordinario por derechos el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria dictó la Sentencia 513/2006, de 15 de septiembre de 2006, por la que declaró a A.M.A.S. trabajadora indefinida del SCE con una antigüedad desde el 30 de diciembre de 2004.

2. En ejecución de esa Sentencia la Resolución nº 06-35-/3397, de 12 de diciembre de 2006, de la Directora del SCE reconoció a A.M.A.S. como trabajadora del SCE con vínculo de personal laboral indefinido, con la categoría profesional de Titulada de Grado Medio y antigüedad desde el 30 de diciembre de 2004.

3. En cumplimiento del art. 11.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP, el 27 de enero de 2009, se formalizó entre A.M.A.S. y el SCE un contrato laboral de duración indefinida reconocida por sentencia judicial.

4. El esposo de A.M.A.S., Oficial del Ejército del Aire, fue destinado por el Ministerio de Defensa al Estado Mayor Operativo del Ejército del Aire Francés, ubicado en París. Alegando este hecho y el apartado 7.8, a) del Anexo al Acuerdo, de 14 de julio de julio de 2006, entre el Gobierno de Canarias y las Organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos de Canarias (publicado en el BOC nº 242, de 15 de diciembre de 2006, en virtud de la Resolución, de 27 de noviembre de 2006, de la Dirección General de Trabajo) A.M.A.S. solicitó una excedencia laboral de dos años a partir del 9 de julio de 2009 por motivo de agrupación familiar.

5. La Resolución nº 09/6737, de 10 de julio de 2009, del Director del SCED le concedió la excedencia solicitada por agrupación familiar.

6. Por Orden Departamental, nº 671/10, de 2 de agosto de 2010 se inició el procedimiento de revisión de oficio de esa Resolución con base en que adolecía del vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, por

entender que A.M.A.S. carecía de los requisitos esenciales para tener derecho a la excedencia por agrupación familiar.

7. En el procedimiento se ha dado audiencia a la interesada y se ha emitido por el Servicio Jurídico informe favorable a la declaración de nulidad.

8. La Propuesta de Resolución fundamenta la declaración de nulidad en dos motivos:

Primero: El art. 29.1 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma (BOC nº 18 de 6 de febrero de 1992) atribuye el derecho a obtener excedencia voluntaria únicamente a los trabajadores fijos.

La interesada no es trabajadora fija sino indefinida, por lo que carece de un requisito esencial para adquirir ese derecho.

Segundo: La Orden Ministerial 762/05481/09, publicada en el Boletín Oficial de Defensa, nº 69, de 9 de abril de 2009, destina al marido de la interesada al Estado Mayor Operativo del Ejército del Aire francés, sito en París, por un período de tres años. El apartado 7.8.a) del Anexo del mencionado Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos de empleados públicos establece como requisito para tener derecho a la excedencia por agrupación familiar que el cónyuge del solicitante haya obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera en otro municipio.

El destino de esposo carece de este requisito esencial puesto que tiene una duración de tres años.

III

1. La regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC). La Administración, cuando estos actos anulables son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC.

Únicamente si el acto declarativo de derechos firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declarar nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves el art. 62.1.f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que

atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese en que el precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1.f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen Derechos Fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El art. 62.1.f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre "*requisitos esenciales*" y "*requisitos necesarios*". Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico. Si se interpreta que todo acto administrativo declarativo de derechos que incurre en cualquier ilegalidad es nulo de pleno derecho, entonces a dichos actos no les serían aplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un absurdo porque contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos. Además, de optarse *contra legem* por la interpretación que se rechaza, se lesionaría el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución; dado que, según los arts. 102.1 y 118.3 LRJAP-PAC, en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguna, se puede proceder a la revisión de los actos nulos.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila

la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por todas estas razones debe reservarse la expresión "requisitos esenciales" para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

IV

1. La figura del contrato de trabajo indefinido como un *tertius genus* entre el contrato de trabajo fijo y el temporal en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones Públicas fue, al principio, una creación jurisprudencial. En el Derecho Laboral, el recurso del empresario a contratos temporales sucesivos con un trabajador para el desempeño de tareas que satisfacen necesidades permanentes de la empresa y que no responden a los supuestos del art. 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) que legitiman la contratación temporal, constituye un fraude de ley que es sancionado con la aplicación de la normativa que se ha tratado de eludir y en consecuencia el trabajador adquiere la condición de fijo (art. 15.3 y 5 E.T.).

Esta consecuencia no puede trasladarse automáticamente al ámbito de la contratación laboral por las Administraciones Públicas, porque los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución imponen que el acceso a las funciones públicas se realice en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Estos mandatos constitucionales fueron desarrollados legalmente por el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) y actualmente por los arts. 1.2.b) y 55 EBEP, que añade que se realizarán con publicidad y concretan que son aplicables también a la contratación de personal laboral.

Estos preceptos imperativos sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, porque las irregularidades en la contratación laboral no pueden llevar a que el trabajador adquiera la condición de

fijo al margen de las reglas que garantizan la igualdad, publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacitación en el acceso al empleo público.

Por esta razón, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consideró que las irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en la contratación laboral no determinan la adquisición por el trabajador de la condición de fijo sino de indefinido, un *tertius genus* de contrato en que la relación laboral se mantiene hasta que el puesto de trabajo que ocupe sea cubierta por los procedimientos legales que garanticen la ponderación del mérito y la capacidad, la publicidad, la igualdad y la libertad de concurrencia.

Así: *"El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato"* (STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998, RJ 1998\1000, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. En el mismo sentido la anterior STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996, RJ 1996\7492; y posteriores de 27 de mayo de 2002, RJ 2002\9893; de 27 de diciembre de 2002, RJ 2003\1844; y de 11 de noviembre de 2003, RJ 2003\8956).

2. Esta distinción en el seno del personal laboral de las Administraciones entre trabajadores fijos, indefinidos y temporales está actualmente recogida en los arts. 8.2.c) y 11.1. EBEP.

3. Bajo la denominación de *"empleados públicos"* el art. 8.2 EBEP comprende a los funcionarios (de carrera e interinos), personal laboral (fijo, indefinido y temporal) y personal eventual.

El art. 14 EBEP atribuye una serie de derechos individuales a los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio. Entre ellos el de la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral [art. 14.j) EBEP].

4. El art. 89.3 EBEP contempla la excedencia por agrupación familiar de funcionarios de carrera cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquier Administración, Órganos constitucionales o estatutarios, *" así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales "*.

5. El art. 89 EBEP está ubicado en el Título VI dedicado a las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera. El art. 92 EBEP habilita a que los convenios colectivos determinen la aplicación del Título VI al personal laboral.

6. El Capítulo IV del Título III del EBEP regula la negociación colectiva, definida como el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados (tanto funcionarios como laborales) de la Administración Pública (art. 31.2). Se contempla en el art. 34 una Mesa General de Negociación en cada una de las Comunidades Autónomas, que estará compuesta por representantes de la Administración y de Organizaciones Sindicales (art. 35).

Esta Mesa General puede celebrar Pactos y Acuerdos (art. 38.1) los cuales pueden regular materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral (art. 38.8).

Entre las materias objeto de estos instrumentos están los criterios generales de acción social [art. 37.j)].

7. El art. 29.1 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma, publicado en el BOC de 6 de febrero de 1992, contempla que sólo los trabajadores fijos y los fijos discontinuos pueden obtener la excedencia voluntaria.

El Convenio Colectivo es de 1992. El *" Acuerdo entre el Gobierno de Canarias y las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos de Canarias sobre acciones a desarrollar del Acuerdo 2003, medidas sobre condiciones laborales y conciliación de la vida familiar y líneas a desarrollar en el Acuerdo Plurianual "* (BOC de 15 de diciembre de 2006) es catorce años posterior.

Este Acuerdo complementa al Convenio Colectivo de 1992 porque establece medidas de conciliación de la vida familiar que no contempla éste. Es un Acuerdo que es aplicable a todos los empleados públicos de la Comunidad Autónoma, sean funcionarios de carrera o interinos, sean personal laboral o fijo, indefinido o temporal.

El primer párrafo del apartado 7.8.a) del Anexo de este Acuerdo dice textualmente:

“Podrá concederse la excedencia voluntaria por agrupación familiar, con una duración mínima de un año, a los empleados públicos cuyo cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera, estatutario fijo o como laboral fijo en cualquier Administración Pública, Organismos Autónomos, Entidad Gestora de la Seguridad Social, así como en Órganos Constitucionales o del Poder Judicial”.

La expresión que usan es la de “empleados públicos”, comprensiva por tanto de los trabajadores indefinidos.

Conforme al Acuerdo de 2006, los trabajadores indefinidos pueden acogerse a la excedencia voluntaria por agrupación familiar. A esta conclusión no se le puede oponer el art. 29.1 del Convenio de 1992, porque el Acuerdo es norma posterior que lo complementa al introducir medidas de conciliación de la vida laboral y familiar no previstas en aquél, medidas y que extiende a una categoría de trabajadores, los indefinidos, que es de creación posterior al Convenio Colectivo.

Además, la creación jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido, ahora recogida en el EBEP, respondía a la finalidad de ponerlo a salvo de las limitaciones del régimen jurídico de los trabajadores temporales. Como habían sido sucesivamente contratados como tales en fraude de Ley, se negaba que fueran trabajadores temporales y, por ende, sometidos a su régimen limitativo, por ello su régimen es el de los trabajadores fijos, salvo en el punto de que su relación pende de que la plaza que desempeñan se cubra por el procedimiento legal. La condición de trabajador indefinido no puede comportar ninguna *“consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad”* (Fundamento Jurídico XII de la STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002; RJ 2002\9893).

8. La conclusión de que los trabajadores indefinidos pueden acogerse a la excedencia voluntaria por agrupación familiar, según resulta del tenor literal del mencionado Acuerdo y de su interpretación conjunta con el EBEP y el Convenio Colectivo, no es desvirtuada por la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2005 y de 3 de mayo de 2006; RJ 2006\4748 y RJ 2006\7073, respectivamente.

En estas Sentencias se declara que los trabajadores indefinidos no pueden acogerse a la excedencia por incompatibilidad, regulada en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI).

Según los arts. 1 y 2 LI, el personal al servicio de las Administraciones Públicas (y demás entidades relacionadas en su art. 2.1), cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación de empleo, no puede compatibilizar dos puestos de trabajo cargo o actividad en el sector público (salvo las excepciones previstas en la propia LI y que no vienen al presente caso). Conque, si un empleado público accediere a un nuevo puesto de trabajo en el sector público incompatible con el que viniera desempeñando, habrá de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión, y si no optare expresamente, se entenderán que opta por el nuevo puesto pasando a la situación de excedencia voluntaria en el que viniera desempeñando (art. 10 LI).

La excedencia por incompatibilidad no es una excedencia voluntaria clásica (SSTS de 29 de noviembre de 2005 y de 3 de mayo de 2006, ya citadas) porque puede ser consecuencia tanto de la opción expresa del trabajador como declarada e impuesta por la Administración ante la ausencia de aquélla. La excedencia voluntaria por agrupación familiar y la excedencia por incompatibilidad responden a finalidades completamente distintas, por lo que la doctrina jurisprudencial de que los trabajadores indefinidos no pueden acogerse a la excedencia por incompatibilidad no es trasladable a los supuestos de excedencia por agrupación familiar. Con otras palabras, que los trabajadores indefinidos no puedan acogerse a la excedencia por incompatibilidad no implica que no puedan obtener la excedencia por agrupación familiar. Por otro lado, ambas Sentencias reconocen que el trabajador indefinido que ha devenido incompatible por acceso a un nuevo puesto de trabajo tiene derecho, si la plaza continuara vacante cuando pretendiera regresar a ella, a obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva. Esto significa que mientras para los trabajadores fijos la excedencia comporta un derecho preferente al reingreso en las vacantes que existieren de igual o similar categoría, para el trabajador indefinido solo tendría derecho a una adscripción provisional a la concreta plaza que estaba desempeñando en el supuesto de que ésta continuara vacante.

9. Por todo lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que el requisito que se pretende fundar en el art. 29.1 del Convenio Colectivo, y que consiste en la condición de trabajador fijo para obtener la excedencia por agrupación familiar, no es un requisito esencial. Según el Acuerdo de 2006, los trabajadores indefinidos pueden solicitarla y obtenerla. La condición de trabajador indefinido no comporta la carencia de un requisito esencial para disfrutar de ese derecho.

V

1. La Propuesta de Resolución considera que la circunstancia de que el destino del marido de la interesada no tenga carácter de definitivo representa también la ausencia de otro requisito esencial.

2. Para el análisis de este punto se ha de considerar que la legislación de funcionarios no es aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas que se rige por su legislación específica [art. 1 LMRFP; arts. 2 y 4.d) EBEP]. Esa legislación específica está formada, en lo que aquí importa, por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, LCM.

3. Según la LCM, los militares no tienen destinos definitivos. Su carrera queda definida por la ocupación de diferentes destinos, el ascenso a los sucesivos empleos, la capacitación para puestos de mayor responsabilidad (art. 74 y 75.1 LCM) y la movilidad geográfica (art. 101.1 LCM); además, por necesidades del servicio pueden ser asignados a un destino o cesados en él (art. 105 LCM).

4. Si se considera que es un requisito esencial para obtener la excedencia por agrupación familiar que el cónyuge obtenga un puesto de trabajo definitivo, entonces habría una categoría de empedados públicos, aquellos que son cónyuges de militares, que nunca podrían acogerse a esa excedencia, a diferencia del resto de los demás empleados públicos.

La delimitación entre una y otra categoría estriba en el dato puramente circunstancial del matrimonio con un militar.

La excedencia por agrupación familiar es una medida de realización del fin constitucional que el art. 39.1 de la Constitución encomienda a los poderes públicos: Asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

La diferencia de trato a una y otra categoría en la protección social de la familia debe respetar el art. 14 de la Constitución, que impone que a iguales supuestos de hecho se le anuden idénticas consecuencias jurídicas; y que para introducir

diferencias de trato normativo entre los supuestos de hecho ha de existir una justificación suficiente de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Véase en tal sentido el Fundamento Jurídico II de la STC 49/1982, de 14 de julio.

El principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 14 de la Constitución significa, como se recoge en el Fundamento Jurídico V de la STC 10/2005, de 20 de enero, lo siguiente:

“a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3)”.

Si se sostiene que, según el art. 29.1 del Convenio Colectivo y regla 7.8.a) del Acuerdo de 2006, los empleados públicos casados con militares, a diferencia de los demás empleados públicos, no tienen derecho a la excedencia por agrupación familiar, ya que sus esposos nunca tienen un puesto de trabajo definitivo; entonces esa diferencia de trato entre situaciones iguales, matrimonio separado por destino de uno de los cónyuges a un puesto de trabajo en una localidad sita en un municipio diferente a aquel donde resida el solicitante de la excedencia, debe tener una justificación objetiva y razonable, que aquí no se puede deducir del texto de ambas

normas paccionadas. Antes, al contrario, del tenor de esas normas no resulta que de su aplicación se haya querido excluir a los empleados públicos casados con militares.

Por ello, la introducción por el aplicador de ambas normas de ese elemento diferenciador carece de fundamento racional y aparece como injustificada y artificiosa. Por último, como se indicó la excedencia por agrupación familiar responde a una finalidad constitucional, la protección social de la familia. Esta circunstancia impone que el sacrificio del derecho a esa excedencia para una particular categoría de sus beneficiarios, los cónyuges de militares, se ha de justificar en la persecución de otra finalidad constitucional o en la protección de otro bien constitucional. Tampoco se colige de esas normas y del bloque normativo en que se integran qué fin o bien constitucional exige el sacrificio del derecho a la excedencia por agrupación familiar de los empleados públicos casados con militares.

5. Como del texto del art. 29.1 Convenio Colectivo y apartado 7.8.a) del Anexo del Acuerdo de 2006 y normas legales concordantes no resulta la voluntad de excluir a esos empleados públicos, entonces habrá que convenir en que esas normas se han de interpretar de conformidad con la Constitución, dado su carácter de fuente del Derecho suprema; de modo que si una norma es susceptible de dos o más interpretaciones se ha de excluir aquella o aquellas que conduzca a resultados inconstitucionales.

Ya se ha señalado que la interpretación que excluye a los esposos de militares de la excedencia por agrupación familiar colide con las exigencias del art. 14 de la Constitución. Ahora hay que explicar que también contradice el art. 39.1 de la Constitución. Para ello no es impertinente citar el Fundamento Jurídico IV de la STC 203/2000, de 24 de julio, que resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia judicial que avaló la decisión de la Administración de denegar la excedencia para el cuidado de hijos menores a una funcionaria interina basándose en que a esa excedencia sólo podían tener derecho los funcionarios de carrera. Dicho Fundamento Jurídico dice así:

“La excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 C.E.), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 C.E.).

La transcendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado. Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la U.N.I.C.E., el C.E.E.P. y la C.E.S.).

Los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 C.E., si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la transcendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como señalamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 C.E. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril”.

Y en el siguiente Fundamento Jurídico concluye:

“En el presente caso, de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita y acreditado el dato de que la recurrente, personal estatutario del S.A.S., equiparado a estos efectos a los funcionarios públicos, también se encontraba vinculada con la Administración en situación de interinidad por más de cinco años cuando solicitó la excedencia para el cuidado de hijos, hemos de estimar su pretensión, pues no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 C.E., fundar la denegación de un derecho con transcendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad. Esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E., sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales”.

La excedencia por cuidados de hijos menores persigue la misma finalidad constitucional que la excedencia por agrupación familiar, de ahí que la doctrina constitucional establecida por el Tribunal Constitucional para la primera es aplicable a la segunda y que se puede resumir en que el art. 39.1 de la Constitución vincula al aplicador del Derecho de modo que éste en la interpretación y aplicación de las normas que regulan la excedencia por agrupación familiar debe perseguir la máxima realización de dicho fin constitucional y en consecuencia excluir aquellas interpretaciones que lo limitan y optar por las que la favorecen.

Este criterio resulta no sólo del carácter de norma suprema de la Constitución, sino que además es un criterio legal recogido en los arts. 14.8, 44.1 y 51.b) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, L.O. 3/2007). Según esos preceptos las Administraciones públicas deben facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, establecer medidas que la aseguren, y evitar toda discriminación en el ejercicio por los trabajadores del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

En definitiva, los arts. 14 y 39.1 de la Constitución y los arts. 14.8, 44.1 y 51.b) LO 3/2007, en relación con el apartado 7.8,a) del Anexo del Acuerdo de 2006 impiden que este se pueda interpretar en el sentido de que carecen del derecho a excedencia por agrupación familiar los cónyuges de militares.

La Resolución que concedió a A.M.A.S dicha excedencia por consiguiente, es conforme a Derecho. No carece de los dos requisitos que la propuesta de resolución considera que no concurren en la interesada.

6. La anterior conclusión ahorra que se analice el carácter de esenciales de esos dos requisitos. Si se concluyen que ambos concurren no es necesario abordar su naturaleza de esenciales en orden a determinar si la eventual ausencia de uno o de ambos determinan la nulidad de pleno Derecho de la concesión de la excedencia voluntaria. De todas maneras no es inútil señalar que para que un requisito se considere esencial, conforme a lo que se razonó más atrás en el Fundamento III, requisito esencial es aquel cuya ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

La finalidad de la norma que se considera infringida el apartado 7.8.a) del Anexo del Acuerdo de 2006, es la conciliación de la vida familiar y personal. En la hipótesis de que el art. 29.1 del Convenio Colectivo vedara que obtuviera esa excedencia un trabajador indefinido y de que el apartado 7.8.a) del Anexo del Acuerdo impidiera que esa excedencia la obtuvieran los cónyuges de militares, su concesión sin que se cumplieran esos dos requisitos no afecta a la finalidad de conciliación ni produce un acto con efectos radicalmente contrarios a dicha finalidad. Ésta sigue realizándose aunque se concediera a un trabajador temporal cónyuge de un empleado público con puesto de trabajo no definitivo en otro municipio. Esa concesión de excedencia por agrupación familiar sería irregular por adolecer de un vicio de anulabilidad, pero nunca se podría predicar de ella que es nula de pleno Derecho por la causa del art. 62.1.f) LRJAP-PAC y, en consecuencia, no podría ser revisada de oficio por el cauce del art. 102.1 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho y, en consecuencia, este Dictamen no es favorable a la declaración de nulidad pretendida.