

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (rec.1365/2019)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.768/2020

Fecha de sentencia: 17/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1365/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1365/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1768/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-1365/2019, interpuesto por la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado contra la *sentencia 520/2018, de fecha 20 de noviembre de 2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana* que estimó el recurso contencioso-administrativo núm. 16/2016 promovido contra la Resolución del Director General de la Función Pública de 27 de octubre de 2015, por la que se publica la relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de administración local con habilitación nacional.

Ha sido parte recurrida el Colegio de Secretarios Interventores y Tesoreros de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional de la Provincia de Valencia, representada por el procurador de los tribunales D. Antonio Ramón Rueda López.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 16/2016, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia el 20 de noviembre de 2018* , cuyo fallo dice literalmente:

« I.-Se estima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional de la Provincia de Valencia, contra la Resolución de 27/octubre/15, por la que se publica la relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de administración local con habilitación nacional, la cual se anula en lo referido a los méritos de Genoveva.

II.- Se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho de Genoveva a que se le compute en la relación de méritos 0,75 puntos por razón de permanencia, y 0,003 puntos por meses de servicio activo durante el periodo de excedencia por cuidado de hijos.

III. Sin costas.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana tuvo por*

preparado mediante Auto de 19 de febrero de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la *Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo*, dictó Auto el 27 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« **Primero.-** Admitir a trámite el recurso de casación nº 1365/2019 preparado por el Abogado del Estado, contra la *sentencia de 20 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda (recurso 16/2016)* ».

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si las previsiones del *artículo 57 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria y, en caso afirmativo, si imponen una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter; el *artículo 57 de la LO 3/2010, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*; y el *artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre*, Texto Refundido del EBEP, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2019, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito de fecha 13 de noviembre de 2019, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó suplicando se dicte sentencia estimatoria del recurso y anulatoria de la recurrida.

QUINTO.- Por providencia de 21 de noviembre de 2019, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal del Colegio de Secretarios Interventores y Tesoreros de Valencia en escrito de 7 de enero de 2020, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se dicte sentencia que confirme la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana.

SEXTO.- De conformidad con el *artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción*

Contencioso-Administrativa , por providencia de 5 de octubre de 2020 se señala este recurso para votación y fallo el día 15 de diciembre de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la *sentencia estimatoria de 20 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda (recurso 16/2016)* que con remisión literal a otra de la misma Sala y Sección, 512/18, de 19 de noviembre, estimatoria del recurso 36/2016 que anuló la misma resolución administrativa y reconoció como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente a que se le compute en la relación de méritos 0,75 puntos por razón de permanencia, y 0,03 puntos por meses de servicio activo durante el periodo de excedencia por cuidado de hijos. *Sentencia respecto de la que se ha admitido el recurso de casación 2468/2019* por ATS 13 de 27 de setiembre de 2019, pendiente de votación y fallo y que se encuentra señalado para el 9 de febrero de 2021.

La sentencia (completa en cendoj Roj: STSJ CV 5046/2018 - ECLI:ES.TSJC.V:2018:5046) identifica en su PRIMER fundamento que el Colegio de Secretarios Interventores y Tesoreros de Administración Local -en adelante COSITAL- interpone recurso contra la Resolución del Director General de la Función Pública de 27 de octubre de 2015, por la que se publica la relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de administración local con habilitación nacional. En concreto impugna la relación individualizada de méritos otorgada a Doña Genoveva, funcionaria con habilitación de carácter nacional Subescala-Intervención-Tesorería,

COSITAL sostuvo que el periodo concedido por excedencia por el cuidado de familiares a Doña Genoveva le debe computar como periodo de servicio activo, y durante el mismo periodo se cuente como de permanencia en el mismo puesto de trabajo, valorando así los 0.75 puntos que le corresponden por permanencia y 0.03 puntos por cada mes de servicio.

En el SEGUNDO la Sala reconoce la legitimación activa colegial para que se interprete la Orden de 10 de agosto de 1994.

En el TERCERO reitera lo ya dicho en el recurso 36/16 mientras en el QUINTO entiende que *"en el caso que nos ocupa la norma aplicable -Orden Ministerial de 10/8/1994- de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 del CC , debió interpretarse en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar, no pudiendo ignorar que cuando se dicta la Resolución impugnada de 27/10/15, la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y el EBEP estaban en vigor desde hacía más de 8 años, sin que se promulgaran las normas de desarrollo del régimen jurídico de los funcionarios de habilitación de carácter estatal, previsto en la Disposición Adicional II del EBEP . Regulación que finalmente se produce por el Real Decreto 128/2018, 16 de marzo, que en su art. 32 regula los méritos generales para la provisión de puestos por concurso de méritos.*

En definitiva, el tiempo de permanencia de la recurrente en la situación de excedencia por cuidado de hijos/familiares, debe entenderse como asimilada a la

situación de activo, y desplegar los efectos oportunos en la valoración de los méritos generales, siendo esta interpretación la que debió efectuar la administración al tiempo de dictar la resolución impugnada al ser la que resultaba acorde con los mandatos de LO 3/2007, de 22 de marzo, así como con la regulación contenida en el EBEP y en la ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat Valenciana."

SEGUNDO.- *La cuestión sometida a interés casacional*

Precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si las previsiones del artículo 57 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria y, en caso afirmativo, si imponen una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter; el artículo 57 de la LO 3/20107, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del EBEP, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- *Recurso del Abogado del Estado.*

Alega infracción de la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Defiende que sigue vigente al no haber sido derogada por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que dice:

"A los concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que se convoquen con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, y de la orden de desarrollo del mismo, les será de aplicación el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y la Orden de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Asimismo, y mientras no se lleve a cabo el citado desarrollo normativo, los criterios de reconocimiento y valoración de los cursos de formación y perfeccionamiento de Administración Local serán los establecidos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.D de la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas, de 10 de agosto de 1994."

Sostiene que la situación de excedencia por cuidado de familiares da derecho a que se reconozca dicha situación a efectos de grado, carrera y promoción profesional,

pero en la baremación de méritos generales para los concursos de provisión de puestos de trabajo de estos funcionarios se está reconociendo la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiares como antigüedad con una determinada puntuación, inferior a la que se atribuye al funcionario que desempeña el puesto efectivamente, sin que ello sea contrario a la LO 3/2007.

También invoca el *artículo 57 de la LO 3/2007, de 22 de marzo* para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que no reputa de aplicación directa "En las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior."

Añade que en la negada hipótesis de que ese art. 57 fuese de aplicación directa, el mismo habría sido respetado en el presente concurso puesto que en sus bases se ha computado la antigüedad que los candidatos han permanecido en la situación de excedencia por cuidado de familiares; es decir, ese precepto no dice que la valoración de esa situación haya de ser la misma que la de permanencia en servicio activo.

Finalmente, esgrime el *artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre*, Texto Refundido del EBEP.

"El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante dos años. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.

Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración."

Respecto a lo que señala la sentencia recurrida de que desde el 2007 hasta el 2018 no se desarrolló la norma prevista de régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, prevista en la *Disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público*, aclara que dicha *Disposición adicional segunda, derogada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, atribuía a las CCAA, entre otras competencias, la de selección de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter estatal y de acuerdo con lo que establecía el *apartado 7 de la citada Disposición adicional segunda: "Los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regirán por los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios aplicables en su correspondiente Comunidad Autónoma, respetando lo establecido en esta Ley ."*

Por tanto, en la citada Disposición adicional segunda no se hacía referencia a desarrollo reglamentario alguno, por parte de la Administración del Estado, del régimen jurídico de los citados funcionarios.

Es únicamente a partir de la ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, que deroga la *Disposición Adicional Segunda del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP*, y añade el *artículo 92.bis) a la Ley 7/1985, de 2 de abril*, estableciendo un nuevo régimen

jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional cuando se hace referencia al desarrollo reglamentario de dicho artículo, desarrollo que se efectúa por el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo.

CUARTO.- *La oposición de El Colegio de Secretarios Interventores y Tesoreros de Administración Local -COSITAL.*

Defiende la sentencia impugnada de contrario confiriendo una interpretación distinta a las normas esgrimidas por el Abogado del Estado.

Concluye que el *artículo 20.2 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo*, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (en los mismos términos que el *artículo 24.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre*, que le precedió), dispone lo siguiente:

"2. El acceso a la categoría superior se llevará a cabo, mediante alguno de los siguientes procedimientos:

a) Por concurso de méritos, entre funcionarios pertenecientes a la categoría de entrada, que se resolverá por aplicación del baremo de méritos generales, regulado en el artículo 32.1, párrafos a), b), c), d), e) y f) de este real decreto.

b) Mediante la superación de pruebas de aptitud, cuya gestión podrá ser encomendada al Instituto Nacional de Administración Pública."

Por tanto, no es cierto que la discriminación perpetrada por la Resolución impugnada en la instancia afecte sólo a "unos méritos para un concurso" y no a la promoción vertical, a la carrera profesional y a la promoción interna.

Defiende que, la Administración estaba conminada a su valoración no sólo por los *artículos 56 y 57 de la ya manida LO 3/2007*, sino, además, por el *artículo 84.9 del EBEP* y por el *artículo 130.4 de la Ley 10/2010, de 9 de julio*, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana -artículo, este último, dictado en desarrollo del EBEP-.

QUINTO- *La posición de la Sala: la desestimación del recurso de casación.*

Ya hemos dejado consignado el contenido del *art. 57 de la LO 3/2007, de Igualdad de Mujeres y Hombres* y del *art. 89.4 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público*, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP, por lo que no vamos a reproducirlos.

Si añadimos ahora el también citado *Art. 130.4 de la Ley 10/2010, de 9 de julio* de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana que al regular la excedencia voluntaria por cuidado de familiares estatuye:

«El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el Régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.»

Se observa, pues, en todos los preceptos considerados por la Sala de instancia que debe valorarse el tiempo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria

por cuidado de familiares atendiendo a una variada denominación de la carrera profesional (promoción profesional, carrera, provisión de puestos de trabajo). Recordemos que a tenor del art. 16.2 TREBEP *"La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad."*

Tal analogía con el servicio activo se muestra con gran claridad cuando el art. 89.4 del TREBEP en su último apartado establece:

«Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.»

Es decir, que todas las normas tomadas en consideración por la Sala de instancia, LO de Igualdad de Mujeres y Hombres, TREBEP y Ley de Ordenación de la Función Pública Valenciana vienen a equiparar la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiares con la de servicio activo.

Todas ellas, tienen otro punto en común, son posteriores a la Orden de 10 de agosto de 1994. Dada su fecha de redacción, al fijar las normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, no tomó en cuenta el objetivo de la eliminación de las desigualdades entre mujeres y hombres fijado como política de la Unión Europea en sus Directivas 76/207/CEE y 2002/73/ CE, *antecedentes de la L.O. 3/2007, cuyos artículos deben integrarse con el precitado art. 57* . Así, el art. 3 consagra el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación derivada de la asunción de obligaciones familiares y el art. 51, las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias deben remover obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el desarrollo de la carrera profesional.

Además, la L.O. 3/2007, el TREBEP y la Ley autonómica 10/2010, son de superior rango, naturaleza de ley, incluyendo una de naturaleza orgánica, al desarrollar derechos fundamentales, *art. 81 CE* , como es la LO para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, de 22 de marzo.

Por ello, tiene razón la Sala de instancia cuando arguye que la Orden de 10 de agosto de 1994, debe interpretarse en el contexto legislativo vigente que responde a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (*art. 3.1 C. Civil*).

Se trata, de que la carrera profesional de las personas que hayan optado por hacer uso de uno de los permisos de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a que se refiere el *art. 56 de la L.O. de Igualdad* que incluye el régimen de excedencia, no se vea afectada negativamente por el ejercicio de tal derecho.

La equiparación más arriba mencionada no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico pues el TREBEP, *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en el art. 87* respecto a las doce situaciones en que los funcionarios pueden ser declarados en la situación de servicios especiales establece:

«El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el Régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.»

SEXTO.- *La doctrina de interés casacional.*

A la vista de lo reflejado en el fundamento precedente la respuesta a la cuestión de interés casacional es que las previsiones del *art. 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria imponiendo una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación de servicio activo.

SÉPTIMO.- *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139 de la LJCA*, en relación con el *artículo 93 LJCA*, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación deducido por el Abogado del Estado contra la *sentencia de*, *dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso-administrativo nº 16/2016*.

SEGUNDO.- Se fija como doctrina la reflejada en el penúltimo Fundamento de Derecho.

TERCERO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.