

En Logroño, a 19 de junio de 2019, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

71/19

Correspondiente a la consulta formulada, por el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, sobre la *solicitud de consolidación de grado en servicios especiales de D. P.M.S.R.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La Consejería actuante ha remitido, a este Consejo Consultivo, un expediente del que resultan los siguientes antecedentes de interés:

-La persona interesada antes mencionada es funcionario público de carrera de la CAR, perteneciente al Cuerpo Facultativo Superior de Administración Especial de Ingenieros Agrónomos, con un grado personal consolidado correspondiente al **nivel 22**.

-Por Resolución núm. 1506, de 15 de mayo de 2001, del Director General de la Función Pública, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, se adscribió, al funcionario referido, en **comisión de servicios**, al puesto de Jefe de Área de Promoción y Calidad Agroalimentaria del Instituto de Calidad Agroalimentaria, clasificado con el **nivel 26** de complemento de destino. Permaneció, en la situación de servicio activo en dicho puesto y desempeñándolo en comisión de servicios, hasta el 16 de julio de 2003.

-El 16 de julio de 2003, el referido funcionario pasó a la situación administrativa de **servicios especiales**, al tomar posesión como Concejal del Ayuntamiento de Logroño.

Segundo

1. El 7 de junio de 2019, el interesado remite un escrito al Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda, por el que formula la siguiente solicitud:

“Me dirijo a Vd para solicitar el reconocimiento de grado personal, en virtud de los artículos 33.7 y 34 de la Ley 3/1.990, de 29 de junio, de Función Pública de la CAR y otras normativas que puedan resultar de aplicación.

Entiendo que el grado que debería reconocerse es el N-26, en tanto en cuanto el puesto que me encontraba desempeñando (ya en situación de prórroga forzosa) cuando pasé a la situación de Servicios Especiales era el de Jefe de Área de Calidad y Promoción Agroalimentaria (N-26).

También le adelanto que, en los próximos días, solicitaré formalmente el reingreso en la Administración de la CAR, desde mi situación de servicios especiales, en la que me encuentro desde julio de 2.003, puesto que cesaré como miembro de la Corporación municipal de Logroño el próximo 15 de junio”.

2. En relación con la solicitud presentada por el interesado, la Directora General de Función Pública ha formulado la siguiente Propuesta de resolución:

“Consultado el expediente personal del funcionario de carrera (el interesado), se ha podido comprobar que el tiempo a que hace referencia que le correspondería el grado personal correspondiente al nivel 26, coincide con el tiempo de su permanencia en comisión de servicios como Jefe de Área de Calidad y Promoción Agroalimentaria del Instituto de Calidad Agroalimentaria de la Consejería de Agricultura Ganadería y Desarrollo Rural en el periodo comprendido desde el 16 de mayo de 2001 al 15 de julio de 2003, fecha en el que se produce su cambio de situación administrativa a Servicios Especiales.

En virtud de todo lo anterior, a efectos de consolidación de grado personal el tiempo que ha permanecido en la comisión de servicios no le sería computado a efectos de consolidación de grado personal y actualmente le correspondería el grado personal correspondiente al nivel 22 coincidiendo con el que tenía en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo.”

3. El 13 de junio de 2019, a la vista de la petición formulada por el interesado y de la referida Propuesta de resolución, el Excmo. Sr. Consejero, titular de la Consejería actuante, recabó, de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, informe sobre las siguientes cuestiones:

-“Si considera que el reconocimiento solicitado por el empleado público es conforme a Derecho, es decir, si el tiempo que ha permanecido en la situación de servicios especiales debe computarse como válido para la adquisición y consolidación de grado personal equivalente al del último puesto desempeñado, con independencia de si este puesto fue desempeñado con carácter definitivo, o no. Y

todo ello, porque ni la legislación autonómica, ni la estatal de aplicación subsidiaria parece distinguir sobre el carácter en orden a su derecho a la reserva de puesto de trabajo, a la luz del artículo 87.3 del Estatuto básico del empleado público”.

-“Sobre qué incidencia puede tener la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo acerca del sistema de grado personal de los funcionarios públicos interinos, y, en consecuencia, de carrea, y si la normativa básica y autonómica riojana debe interpretarse conforme a dicha jurisprudencia”.

4. El Director General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja ha emitido el informe solicitado con fecha 14 de junio de 2019. En él, en síntesis, se manifiesta conforme con el sentido de la Propuesta de resolución, pues, en síntesis, considera:

*-Que “no es ajustada a Derecho la petición de consolidación de grado personal sobre la base de un puesto desempeñado en comisión de servicios si éste no se ha adquirido después con carácter definitivo. Así resulta del **artículo 70.6 del Decreto 364/1995**... que dispone que: «el tiempo prestado en comisión de servicios será computable para consolidar el grado correspondiente al puesto desempeñado siempre que se obtenga con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel». Y ello con independencia de que la petición de consolidación de grado se haga desde la situación de servicios especiales. Entendemos que el número 9 del citado artículo, cuando dice que el tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales será computado, a efectos de adquisición del grado personal, como prestado en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo o en el que durante el tiempo de permanencia en dicha situación se hubiera obtenido por concurso, no desvirtúa dicha afirmación.*

-Que “la situación de servicios especiales tiene como finalidad hacer efectivo el derecho los empleados públicos a ocupar puestos o cargos públicos sin menoscabo en su situación de origen. Pero este derecho, en ningún caso, puede suponer un plus que suponga que a través de la situación administrativa de servicios especiales, se acceda a la consolidación de grado en condiciones más beneficiosas que las establecidas para el resto de los funcionarios. Si el funcionario que se encuentra desempeñando un puesto en comisión de servicios sólo consolidará el grado correspondiente al mismo si obtiene con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel, idéntica consideración debe predicarse a quien accede a la situación de servicios especiales desde un puesto desempeñado en comisión de servicios sin que la circunstancias de estar en dicha situación administrativa pueda suponer una mejora en su derecho a las consolidación de grado personal”.

5. Con todo, el informe de 14 de junio de 2019 se pronuncia sobre “la incidencia puede tener la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo acerca del sistema de grado personal de los funcionarios públicos interinos, y, en consecuencia, de carrera, y si la normativa básica y autonómica riojana debe interpretarse conforme a dicha jurisprudencia”. Sobre esa cuestión razona que: “es forzoso hacer referencia a la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 (recurso1781/2017)”. Añade el informe que, esa Sentencia, nuestro Tribunal Supremo viene a establecer la siguiente doctrina: “lo dispuesto en el artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado

personal, resulta de aplicación, no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”.

Finalmente, el informe, a la vista del criterio fijado en esa STS de 7 de noviembre de 2018, señala que:

“Por lo expuesto, consideramos que nos encontramos ante una situación que puede discriminar a quienes desempeñan puestos de trabajo sin carácter definitivo (comisión de servicios) a pesar de que el Tribunal Supremo, en la Sentencia examinada, manifieste que "el puesto de trabajo que el actor desempeñó durante aquellos doce años o durante algunos de ellos no se proveyó por medio de adscripción provisional; ni nos encontramos, por tanto, ante un litigio en el que hubiera de computarse para el reconocimiento de la consolidación solicitada un tiempo de trabajo prestado en adscripción provisional", porque lo cierto es que el nombramiento era de funcionario interino y se ha rechazado la pretensión de la Administración que, además de solicitar la revocación de la sentencia recurrida, dedujo la pretensión de que se declarase la "aplicación del artículo 70.2 a los funcionarios interinos en la interpretación dada por ese Tribunal, y, en consecuencia, declare exigible a los funcionarios interinos que el requisito de la adquisición del puesto con carácter definitivo es ineludible para la consolidación del grado personal.

Así, consideramos que, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, la interpretación que hemos defendido en este informe en cuanto a los requisitos para la adquisición de grado personal, quizás tenga que ser objeto de revisión, si bien no sólo respecto de los funcionarios públicos que se encuentran en servicios especiales ellos, sino de todos los que desempeñan un puesto en comisión de servicios”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 14 de junio de 2019, y registrado de entrada en este Consejo el día 17 de junio de 2019, el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 17 de junio de 2019, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo y su ámbito

El presente dictamen no tiene carácter preceptivo, al no versar sobre ninguna de las materias enumeradas en el art. 11 de nuestra Ley reguladora, 3/2001, de 31 de mayo, y en el art. 12 del Decreto 8/2002, que aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de La Rioja.

La consulta reviste, pues, carácter facultativo, y se recaba en aplicación de la cláusula genérica del art. 12.d) de la Ley 3/2001, que permite solicitar dictamen del Consejo Consultivo sobre cualquier asunto “*cuando lo requiera su especial trascendencia o repercusión a juicio del órgano solicitante*”.

Segundo

Delimitación del supuesto de hecho

1. Una adecuada respuesta a la cuestión planteada debe partir de la delimitación precisa del concreto supuesto de hecho en que se encuentra el interesado.

A) En cuanto a la *condición jurídica* del interesado, este es funcionario de carrera de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

B) Por lo que hace a su *situación administrativa*, el interesado estuvo en situación administrativa *de servicio activo* hasta el 16 de julio de 2003. En esa fecha, pasó a la de *servicios especiales*, situación en la que habrá permanecido ininterrumpidamente hasta que se produzca su reingreso al *servicio activo*, tras su cese en el cargo público (Concejal del Ayuntamiento de Logroño), que motivó su pase a la situación administrativa de servicios especiales.

Las situaciones administrativas de *servicio activo* y *servicios especiales* son dos de las previstas por el art. 40.1 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función pública de la

Administración pública de la CAR (LFPR '90) y por el art. 85.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto refundido, aprobado por RD-Leg 5/2015, de 30 de octubre, EBEP'15).

C) En cuanto a su *grado personal consolidado*, el interesado tiene, en la actualidad, reconocido el grado 22.

D) Por lo que respecta al *puesto de trabajo* que ocupaba en el momento de su pase a la situación de servicios especiales, y a la *forma de provisión de ese puesto*, el interesado ocupaba el puesto de Jefe del Área de Promoción y Calidad Agroalimentaria del Instituto de Calidad Agroalimentaria y lo hacía no de forma definitiva, sino *en comisión de servicio* otorgada por Resolución de 15 de mayo de 2001, de la Dirección General de Función Pública del Gobierno de La Rioja.

2. En lo que interesa al caso, conforme al art. 41.1 LFPR '90, el funcionario se halla en la situación de servicio cuando ocupa un puesto de trabajo incluido en la relación de los dotados presupuestariamente, tanto si lo desempeña con carácter definitivo, como si lo hace en comisión de servicios.

Tercero

Cuestión de fondo

1. La cuestión que plantea el presente expediente radica, en definitiva, en determinar si el interesado ha podido consolidar un grado personal de **nivel 26**.

A) La respuesta a esta pregunta -que este Consejo Consultivo anticipa será negativa- resulta de lo dispuesto por los preceptos siguientes:

1/ El artículo 33 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función pública de la Administración pública de la CAR establece que:

“1. Todos los funcionarios adquirirán un grado personal que corresponderá a alguno de los treinta niveles en que se clasifican los puestos de trabajo.

2. El grado personal se adquiere por el desempeño de uno más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados, o tres con interrupción. Si durante el tiempo en que el funcionario desempeñe un puesto de trabajo se modificase el nivel del mismo, el tiempo de desempeño se computará con el nivel más alto en que dicho puesto hubiera estado clasificado.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior, en más de dos niveles, al correspondiente a su grado personal, consolidarán, cada dos años de servicios continuados, el grado superior de dos niveles al que poseyesen, sin que, en ningún caso, puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado.

4. *En ningún supuesto, podrá consolidarse un grado que no corresponda a uno de los niveles propios del intervalo asignado al Grupo en que se encuentra clasificado el Cuerpo o Escala a que pertenezca el funcionario (...)*

7. *El tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales será computado, a efectos de consolidación del grado personal, como prestado en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo o en el que posteriormente se hubiera obtenido por concurso”.*

2/ El desarrollo reglamentario de la LPFR '90 se encuentra, en primer término, en el Decreto (del Gobierno de la CAR) 78/1991, de 28 de noviembre, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración pública de la CAR (RPP'91), en lo que no ha quedado derogado por la propia LPFR '90.

Supletoriamente, y en lo que hace al supuesto que nos ocupa, la LPFR '90 también es desarrollada por el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado (AGE) y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la AGE, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo (RGI'95).

Téngase en cuenta que el art. 1.2 LPFR '90 dispone que, *“en lo no previsto por esta Ley, será de aplicación supletoria la legislación del Estado”*, precepto que se halla, sin duda, en línea con lo establecido por el art. 149.3 CE.

Por otro lado, la DF 4ª.2 EBEP'15 establece que, *“hasta que se dicten las leyes de Función pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantendrán en vigor, en cada Administración pública, las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”*.

Pues bien, el art. 70 RGI'95, establece las siguientes disposiciones de interés:

1. *Los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles.*

2. *Todos los funcionarios de carrera adquirirán un grado personal por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción, con excepción de lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo, cualquiera que fuera el sistema de provisión.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen, sin que en ningún caso puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado, ni el intervalo de niveles correspondiente a su Cuerpo o Escala.

3. *Los funcionarios consolidarán necesariamente como grado personal inicial el correspondiente al nivel del puesto de trabajo adjudicado tras la superación del proceso selectivo, salvo que con*

carácter voluntario pasen a desempeñar un puesto de nivel inferior, en cuyo caso consolidarán el correspondiente a este último.

4. Si durante el tiempo en que el funcionario desempeña un puesto se modificase el nivel del mismo, el tiempo de desempeño se computará con el nivel más alto en que dicho puesto hubiera estado clasificado (...)

6. Una vez consolidado el grado inicial y sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 de este artículo, el tiempo prestado en comisión de servicios será computable para consolidar el grado correspondiente al puesto desempeñado, siempre que se obtenga con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel.

Si el puesto obtenido con carácter definitivo fuera de nivel inferior al del desempeñado en comisión y superior al del grado consolidado, el tiempo de desempeño en esta situación se computará para la consolidación del grado correspondiente al nivel del puesto obtenido.

No se computará el tiempo de desempeño en comisión de servicios cuando el puesto fuera de nivel inferior al correspondiente al grado en proceso de consolidación.

Las previsiones contenidas en este apartado serán de aplicación asimismo cuando se desempeñe un puesto en adscripción provisional en los supuestos previstos en este reglamento (...)

9. El tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales será computado, a efectos de adquisición del grado personal, como prestado en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo o en el que durante el tiempo de permanencia en dicha situación se hubiera obtenido por concurso”.

Por su parte, el art. 7 RPR'91, en sus apartados 4 y 10, dispone que:

“4. La Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas podrá autorizar la adscripción en comisión de servicios, por períodos revisables de 6 meses, hasta dos años de duración, de un funcionario de la Administración de la CAR a cualquier puesto de trabajo de la misma, dentro del intervalo de niveles correspondientes a su grupo de pertenencia (...)

10. El tiempo de servicios prestados en comisión de servicios será tenido en cuenta a efectos de la consolidación del grado personal correspondiente al nivel de puesto que el funcionario venía desempeñando con anterioridad, salvo que se obtuviera, mediante la oportuna convocatoria, destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios o en otro del mismo nivel, en cuyo caso consolidará el grado correspondiente a este último”.

3/ En relación con el requisito, establecido por el art. 70.6 RGI'95, de que se obtenga “con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel” (o “destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios o en otro del mismo nivel” en los términos del art. 7.10 RPP'91) la obtención de un puesto con carácter definitivo sólo puede hacerse por los mecanismos de concurso o libre designación, que son los establecidos, armónicamente **i)** por el art. 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función pública (LMRPF'84), aún vigentes en los términos de la DF 4ª EBEP'15; **ii)** por el art. 28 LFPR'90; y **iii)** por los arts. 2 y 3 RPP'91.

Como ha reiterado la jurisprudencia, a la que más adelante se aludirá, esos son los únicos mecanismos que garantizan plenamente la operatividad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos (art. 103.3 CE).

4/ El art. 8.2 del Reglamento de situaciones administrativas (aprobado por RD 365/1995, de 10 de marzo, RSA '95) establece, como efecto propio del reconocimiento de la situación de servicios especiales, el que:

“A los funcionarios en situación de servicios especiales, se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación, a efectos de ascensos, consolidación de grado personal, trienios y derechos pasivos, así como a efectos del cómputo del período mínimo de servicios efectivos para solicitar el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular”.

Este precepto resulta coherente con el art. 33.7 LFPR '90 y con el art. 70.9 RGI '95.

5/ De este conjunto normativo resultan sin dificultad, dos conclusiones:

-La primera, atinente a la *forma en que ha de estar provisto ese puesto de trabajo para que aproveche para la consolidación de un grado personal*, es que **el tiempo prestado en comisión de servicios será computable para consolidar el grado correspondiente al puesto desempeñado, sólo en el caso de que se obtenga, con carácter definitivo, dicho puesto u otro de igual o superior nivel.**

-La segunda, *relativa a los efectos de la situación administrativa de servicios especiales*, es que el tiempo en que el funcionario se halle en tal situación administrativa debe tomarse en consideración a efectos de consolidación del grado personal. A estos efectos, **se considerará ese tiempo como prestado en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo** o en el que durante el tiempo de permanencia en dicha situación se hubiera obtenido por concurso.

6/ Como se ve, en casos como el que nos ocupa, la *situación administrativa* y la *forma de provisión de puesto de trabajo* operan en dos planos diferentes, o si se prefiere, sobre dos requisitos distintos para la consolidación del grado personal.

El cambio de *situación administrativa* despliega sus efectos sobre el tiempo en que se considera desempeñado un puesto de trabajo. Y así, el hecho de que el funcionario haya pasado, de la situación de servicio activo, a la situación de servicios especiales, es irrelevante, porque no impide que el tiempo en el que se encuentre en servicios especiales compute *como si* hubiera estado desempeñando el último puesto de trabajo que tenía en el

momento del cambio de situación administrativa o el que, hipotéticamente, adquiriese, después, por concurso.

Pero lo cierto es que, junto al requisito *temporal*, la consolidación de un grado personal exige otro distinto, atinente a la *forma de provisión del puesto de trabajo*, cuyo nivel pretende consolidarse. Tal condición consiste en que el puesto de trabajo: i) o se ostente con carácter definitivo, esto es, por haberlo adquirido el funcionario en concurso o por libre designación; ii) o que, **si se desempeña en comisión de servicio, posteriormente el funcionario adquiera, con carácter definitivo (por concurso o libre designación), ese mismo puesto u otro de igual nivel, pues sólo en ese caso puede tomarse en consideración, retrospectivamente, el tiempo en que el puesto se desempeñó en comisión de servicio.**

7/ Los Tribunales de Justicia han interpretado reiteradamente, en el sentido expuesto, las disposiciones aplicables a la consolidación del grado personal en aquellos casos en los que los funcionarios ocupan los puestos en comisión de servicio y no por virtud de nombramientos definitivos.

Así, título de ejemplo, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de La Rioja, de 10 de mayo de 2011 (Rec. nº 303/2010), que, en un supuesto de hecho muy semejante al presente, y con cita de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en STS de 28 de septiembre de 1996, razona de modo que sigue:

“CUARTO.-... la legislación aplicable no permite que el tiempo de servicios prestados en comisión de servicios en un puesto con nivel 26, sea circunstancia suficiente para que el recurrente consolide un nivel superior al 24, que es el actualmente consolidado (el límite que permite la Escala a la que pertenece el actor, viene fijado en el nivel 25).

*QUINTO.- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar en la resolución alegada y aportada, por la Administración demandada, Sentencia 173/2005, de 21 de marzo, en la que recuerda la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en los siguientes términos: como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004, la Sentencia de 28 de septiembre de 1996, dictada en un recurso de casación en interés de ley, expresó la doctrina legal consistente en la no consolidación de grado personal de un puesto de trabajo cuando se desempeñe temporalmente el mismo por necesidades perentorias del servicio, sirviendo en cambio el tiempo transcurrido en tal situación para la consolidación del grado correspondiente al nivel del puesto de trabajo que posee (el funcionario) y del que proviene. **Esta Sentencia se ha referido específicamente a los dos medios de cubrir un puesto de trabajo para que pueda con su desempeño continuado adquirirse el grado personal, que son el concurso y la libre designación.***

Por ello, la adquisición de grado depende de que el nombramiento se haya efectuado por uno de estos dos procedimientos que garantizan los principios de publicidad y libre concurrencia, pero no puede depender del tiempo servido en régimen de adscripción provisional, doctrina que, además, se contiene en las Sentencias de 2 de marzo de 1995 y 6 de marzo de 2001”.

En igual sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Secc. 4ª, de 16 de octubre de 2018 (Rec. nº 351/2017), tras citar los arts. 70.2 y 70.6 RGI, recuerda que:

“Sobre este aspecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, fijó la siguiente doctrina legal: «la referencia del artículo 70.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo a cualquiera que sea el sistema de provisión no incluye, a los efectos de la consolidación del grado personal, los puestos de trabajo obtenidos en virtud de adscripción provisional».

Pues bien, expuesto lo anterior, debe señalarse que la consolidación del grado personal, no sólo requiere el desempeño del puesto de trabajo, durante el tiempo legalmente establecido, sino que también es preciso que el funcionario ocupe un concreto puesto de trabajo y además que lo haga con nombramiento definitivo, es decir, a través de uno de los sistemas de provisión a que se refiere el art. 20 de la Ley citada , (se refiere a la LMRFP'84) sin que sea suficiente que tal desempeño se haya llevado a cabo provisionalmente en comisión de servicios, como así mismo proclama nuestra Sentencia de 5 de octubre de 2005 y otras muchas de distintos órganos jurisdiccionales.

Ello obedece, tal y como entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de marzo de 1995 (Sentencia en la que se analizaba la provisión contenida en el artículo 6.3 del Real Decreto 2617/1985, provisión similar a la contenida en el artículo 8.5 del Real Decreto 28/1990 , o en el artículo 70.6 del Real Decreto 364/1995 hoy aplicable), a intentar evitar que situaciones provisionales puedan servir para asignaciones de grados personales desvinculados de la idoneidad del puesto de trabajo, y para demorar la provisión de éstas por los mecanismos de concurso que hagan efectivos los principios de mérito y de capacidad a que alude nuestra Constitución.

En definitiva, la distinción entre el funcionario que desempeña un puesto de trabajo por haberlo obtenido definitivamente mediante la superación de las pertinentes pruebas o mediante la participación en un concurso, y entre aquél que lo está ocupando en comisión de servicios o encargo de funciones (situaciones entre las que también ha de distinguirse), justifica el trato jurídico diferenciado y las distintas exigencias legales para que estos últimos consoliden el grado del puesto de superior nivel, no adquirido, pero que sí ocupan, ya que, de lo contrario, se producirían situaciones injustas por agravio comparativo, cuando no también perjuicios a derechos e intereses legítimos de otras personas si ya han accedido otros funcionarios a ese puesto de trabajo y a los del mismo nivel mediante el pertinente concurso” .

B) Proyectando estas consideraciones al caso presente, es claro que la Dirección General de Función Pública acierta al proponer la desestimación de la solicitud del interesado.

El hecho de que el interesado pasara a la situación administrativa de servicios especiales en el año 2003 simplemente supone, de acuerdo con los arts. 33.7 LFPR'90, 8.2 RSA'95 y 70.9 RGI'95, que el puesto que desempeñaba en comisión de servicio desde el año 2001 (puesto de Nivel 26) se considera desempeñado ininterrumpidamente desde 2001 hasta la actualidad.

Ahora bien, el hecho de que el interesado pasara a la situación administrativa de servicios especiales en el año 2003 en nada afecta al segundo requisito que debería

cumplirse para la consolidación del grado personal, a saber, el atinente a la forma de provisión de ese puesto de nivel 26. El interesado ostentaba, desde 2001, ese puesto en comisión de servicio, pero no con carácter definitivo, y, además, tampoco lo ha adquirido después con carácter definitivo (por concurso o libre designación), lo que supone que, a efectos de consolidación de grado personal es *como si* hubiera estado ostentando ininterrumpidamente ese puesto, en régimen comisión de servicio, desde 2001 hasta la actualidad.

Esto supone que, al no haber adquirido todavía con carácter definitivo ese puesto (u otro de igual o superior nivel), conforme a los arts. 70.6 RGI'95 y 7.10 RPP'91 *a contrario sensu*, no es posible reconocerle la consolidación del grado personal que solicita.

C) Por el contrario, si, en un futuro, adquiriese con carácter definitivo ese puesto u otro de igual o superior nivel 26, entonces sí se le podría reconocer el grado personal consolidado 26, pues resultarían operativas las previsiones del art. 70.6 RGI'95 y, con ellas, las de los arts. 33.2 y 33.3 LFPR'90.

Así, si adquiriese con carácter definitivo un puesto de nivel 26 (y solo en ese caso), debería reconocérsele un grado personal 26.

En esa hipótesis, dado que se considera que el interesado ha desempeñado el puesto en comisión de servicio sin solución de continuidad desde 2001, y dado que por cada periodo de dos años se puede consolidar el grado superior en dos niveles al nivel consolidado que ostente el funcionario (en este caso, el 22), el afectado contaría a su favor con un periodo de ocupación del puesto muy superior a los cuatro años (dos más dos) necesarios para consolidar, primero el grado 24 (dos años) y, luego, el grado 26 (otros dos).

Cuarto

Sobre la incidencia, en la cuestión planteada, de los pronunciamientos del TJUE y del TS en relación con la consolidación del grado personal por los funcionarios interinos

1. El informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, de 14 de junio de 2019, tras sostener un criterio concorde con el de la Dirección General de la Función Pública, alude, en su Fundamento Jurídico Cuarto, a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (STS) de 7 de noviembre de 2018 (R. Cas. nº 1781/2017) y realiza ciertas consideraciones sobre la incidencia que esa STS podría tener en asuntos como el que nos atañe, concluyendo que, *“a la luz de la doctrina del TS, la interpretación que hemos defendido en este informe, en cuanto a los requisitos para la adquisición de grado personal, tal vez tenga que ser objeto de revisión; si bien, no sólo respecto de los*

funcionarios públicos que se encuentran en situación de servicios especiales ellos (sic), sino de todos los que desempeñan un puesto en comisión de servicios”.

2. Sin embargo, a juicio de este Consejo, la doctrina jurisprudencial a la que se refieren los Servicios Jurídicos es enteramente ajena a supuestos de hecho como el ahora analizado, por las razones que, de seguido, vamos a ver.

A) La citada STS de 7 de noviembre de 2018 dio respuesta a la siguiente cuestión, identificada, como de interés casacional objetivo, en el previo Auto de la Sala 3ª del TS de 22 de marzo de 2017:

“Si lo dispuesto en el artículo 70.2 del Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación, no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco, de la CES (Confederación Europea de Sindicatos, organización interprofesional europea de carácter general), la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria Europea, organización interprofesional europea de carácter general) y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública, organización interprofesional europea de carácter general), sobre el trabajo de duración determinada”.

Sobre esa cuestión, la STS de 7 de noviembre de 2018 concluye que:

“lo dispuesto en el artículo 70.2 del Reglamento, aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación, no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.”

B) La expresada STS de 7 de noviembre de 2018 se hace eco de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), atinente a la conformidad de diversas normas del ordenamiento jurídico español al Acuerdo marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999 (ACM). Siendo respetuoso con esa jurisprudencia comunitaria, el TS alcanza la conclusión de que los funcionarios interinos deben poder beneficiarse del régimen de adquisición de grado personal de los funcionarios de carrera, por lo que el art. 70.2 RGI'95 no ha de aplicarse, sólo a estos, sino también a aquellos.

C) Como puede verse, la cuestión controvertida en el debate procesal resuelto por la STS de 7 de noviembre de 2018 radicaba en si el régimen de adquisición de grado personal de los funcionarios públicos de carrera debía hacerse extensivo, o no, a los funcionarios interinos.

En definitiva, en aquel litigio, la cuestión jurídicamente relevante se planteaba entre esos dos términos de comparación: funcionarios de carrera *vs* funcionarios interinos. A partir de ahí, como es lógico, aquel debate procesal hubo de resolverse a la vista de la normativa comunitaria, que proclama el “*principio de no discriminación*” entre trabajadores fijos y trabajadores de duración determinada; principio consignado en el art. 4.1 del ACM, en los siguientes términos:

“Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

D) Pues bien, ni el supuesto de hecho analizado por la STS de 7 de noviembre de 2018, ni las normas comunitarias por ella aplicadas (el ACM), guardan relación alguna con la situación fáctica del interesado en el caso que nos ocupa, ni con el bloque normativo que le resulta aplicable.

Sencillamente, el interesado es funcionario de carrera, por lo que está vinculado a la Administración autonómica por una relación de servicios “*de carácter permanente*” (art. 9.1 EBEP’15). Así, a los efectos del ACM es un “*trabajador fijo*”. De esta suerte, mal pueden serle de aplicación disposiciones comunitarias, como las contenidas en el ACM, que están previstas para evitar que los trabajadores de duración determinada se vean discriminados, en cuanto a sus condiciones de trabajo, en relación con los trabajadores fijos

Y es que una cosa es que el funcionario público de carrera pueda ocupar un concreto puesto de trabajo en régimen de *adscripción provisional*, o *en comisión de servicios*, y otra muy distinta es que su relación de servicio misma con la Administración sea temporal o provisional; porque, en el presente caso, no lo es, ya que el vínculo del interesado con la Administración es de carácter permanente, como explicita el art. 9.1 EBEP’15.

Esto dicho, la comparación entre funcionarios de carrera que ocupan un puesto de trabajo en régimen de *adscripción provisional* o en *comisión de servicio*, por un lado, y funcionarios de carrera que ocupan un puesto de trabajo con carácter definitivo, por otro, se entabla en unos términos relacionales completamente distintos a la comparación entre *trabajadores de duración determinada* y *trabajadores fijos*, pues, en aquel caso, ambos son *trabajadores fijos*.

E) Aclarado lo anterior, y como hemos visto, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en la función pública (art. 103.3 CE) justifican que, en la adquisición del grado personal, se trate de modo diferente a situaciones de hecho que son diferentes. Y es que sólo el funcionario de carrera que ocupa un puesto con carácter definitivo ha accedido a él por medio de sistemas (concurso o libre designación) que

garantizan, de modo pleno, la efectividad de tales principios, sin que pueda hacerse de igual condición al funcionario de carrera que, por el contrario, ocupa puestos mediante adscripciones provisionales o comisiones de servicio (por todas, la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2018, antes citada).

Esa diferencia de trato, que está justificada con arreglo a los principios constitucionales señalados, viene, además, matizada por el hecho de que, como se ha indicado, el funcionario que ocupe un puesto en comisión de servicio podrá aprovechar el tiempo efectivamente prestado en ese puesto para adquirir un nuevo grado si, finalmente, accede, con carácter definitivo a ese puesto o a otro de igual o superior nivel (arts. 70.6 RGI'95 y 7.10 RPP'91).

CONCLUSIONES

Única

La solicitud del interesado debe rechazarse, por los motivos expuestos en la Propuesta de resolución, de la Directora General de Función Pública del Gobierno de La Rioja, obrante en el expediente.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero