

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la representación de Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (USIT-EP) contra la sentencia de fecha 11 de Abril de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en autos núm. 9/2011, seguidos a instancia de la misma parte contra Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, sobre conflicto colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (USIT-EP), se planteó demanda de conflicto colectivo, de la que conoció de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia, por la que: "Se declare el derecho del profesorado de religión en centros públicos de enseñanza, al reconocimiento de la antigüedad, a efectos de trienios, de conformidad con lo percibido por los funcionarios interinos docentes de su nivel educativo, desde el inicio de su prestación de servicios en los diferentes centros educativos".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de abril de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Rechazando las excepciones de cosa juzgada material e inadecuación de procedimiento opuestas en el acto de juicio por la Administración demandada y, a su vez, desestimando la demanda rectora de autos, promovida por la Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (Usit-Ep), Contra La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, sobre conflicto colectivo, debemos absolver, como absolvemos, a la Consejería demandada de los pedimentos deducidos en su contra".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- El presente conflicto colectivo afecta a todos los profesores de religión y moral católica que prestan servicios en centros públicos de enseñanza dependientes de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, reclamándose en él que se declare el derecho que, según el Sindicato demandante, les asiste que se les reconozca "la antigüedad, a efectos de trienios, de conformidad con lo percibido por los

funcionarios interinos docentes de su nivel educativo, desde el inicio de su prestación de servicios en los diferentes centros educativos".

Segundo.- El personal afectado por este proceso colectivo está excluido expresamente de la aplicación del vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral de esta Comunidad Autónoma, previsión que aparece recogida en el artículo 2, apartado 3, de dicha norma convencional.

Tercero.- Esta Comunidad Autónoma no satisface cantidad alguna al citado personal en concepto de antigüedad (trienios).

Cuarto.- Por Orden de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Comunidad Autónoma de Galicia de 11 de mayo de 2.007, se dictaron normas para el reconocimiento de trienios al personal funcionario interino docente, al igual que al profesorado de religión al servicio de la referida Consejería, disposición que fue publicada en el diario oficial de esa Administración Autonómica de 18 de mayo del mismo año.

Quinto.- Mediante Instrucción datada en 15 de mayo de 2.007, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, por la que se dictan criterios para la aplicación del artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, se estableció en su apartado primero el siguiente ámbito de aplicación: "El ámbito personal de estas Instrucciones está constituido por los funcionarios interinos docentes no universitarios que a 13 de mayo de 2007 estuvieran vinculados con esta Administración mediante la relación jurídica que regula el artículo 8 b) y 10 del mencionado Estatuto Básico del Empleado Público así como el profesorado de religión".

Sexto.- La Dirección General de Personal de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dictó Instrucciones en 6 de junio de 2.007, por las que reconoció la antigüedad, en forma de trienios, al personal funcionario interino y al profesorado de religión a su servicio.

Séptimo.- Igualmente, en Resolución de 13 de julio de 2.007 de la Dirección General de Gestión de Personal del Departamento de Educación, Cultura y Deportes de la Comunidad Autónoma de Aragón, publicada en el diario oficial de dicha Administración del día 30 del mismo mes, se reconoció el abono de trienios a los funcionarios docentes interinos y a los profesores de religión de los centros públicos no universitarios de esa Comunidad.

Octavo.- En Resolución de fecha 24 de octubre de 2.007 de la Dirección General de Personal Docente de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en el diario oficial de esa Administración de 2 de noviembre siguiente, se procedió a igual reconocimiento a favor de ambos colectivos.

Noveno.- Merced a Instrucciones de la Dirección General de Personal Docente de la Junta de Extremadura de 17 de junio de 2.008, se procedió al mismo reconocimiento en relación con el profesorado de religión a su servicio.

Décimo.- A su vez, en Resolución de 7 de octubre de 2.008 de la Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, se hizo otro tanto en punto al personal laboral que imparte enseñanzas de religión católica en centros públicos dependientes de la mencionada Consejería."

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (USIT-EP), denunciando las siguientes infracciones:

a) Del art. III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado Español y la Santa Sede, de la DT Decimoséptima de la LOE y del art. 3.1 CC.

b) De la doctrina contenida en la STS 03/02/10 -rcud 128/08-.

c) Del art. 14 CE; d) de las SSTS 05/06/00 -rcud 3809/99-; 27/10/00; y 12/12/01 -rcud 3877/99-; 03/02/10 -rcud 128/08-; y 30/09/10 -rcud 32/10-).

d) La OM 09/Abril/99 y de su jurisprudencia interpretativa (STS 03/02/10 -rcud 128/08-).

e) De los arts. 7, 1091 y 1254 a 1258 CC, así como la doctrina de los actos propios (STS 08/03/06 -rcud 2342/99-).

f) De los arts. 9 (2 y 3) y 24.1 CE.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 7 de marzo de 2012, suspendiéndose por necesidades de servicio, señalándose nuevamente para los días 21 de marzo y 25 de abril de 2012, suspendiéndose de nuevo y señalándose para el día 30 de mayo de 2012 en Sala General, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se ha planteado en el presente conflicto colectivo es la relativa a determinar si los profesores de religión en centros públicos de la Comunidad de Madrid tienen derecho al reconocimiento de la "antigüedad a efectos de trienios", de conformidad con lo percibido por los funcionarios interinos docentes de su mismo nivel

educativo desde el inicio de la prestación de servicios en los diferentes centros educativos. Esta misma cuestión fue planteada ante la Sala de lo Social de la Comunidad de Madrid, la cual dictó sentencia desestimatoria de su pretensión sobre argumentos basados en las sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 2010 (rcud.- 2895/09) y 21 de diciembre de 2010 (rcud.- 2667/2009, en las que, resolviendo procesos individuales de reclamación salarial, se desestimó esa misma pretensión en unos recursos en el que, como se lee en el apartado 1 del fundamento jurídico de dichas dos sentencias la cuestión planteada consistía en determinar si el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado público era aplicable a los profesores de religión de centros públicos y si su inaplicación suponía un trato peyorativo contrario a los artículos 14 de la Constitución y 15.6 del ET”.

2.- En el presente proceso de conflicto colectivo el recurso de casación interpuesto por el Sindicato demandante no se limita a pedir el reconocimiento de la antigüedad a favor de dichos profesores con fundamento en el art. 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que reconoce ese derecho “a los funcionarios interinos”, sino si a la vista del régimen jurídico actualmente aplicable a los mismos debe interpretarse que, siendo tales profesores claramente personal laboral, puede sin embargo seguir interpretándose la normativa general que les es aplicable en el sentido tradicionalmente aceptado de su equiparación retributiva los funcionarios interinos en la Comunidad de Madrid, partiendo de la base de que en esta Comunidad se les sigue retribuyendo como si fueran funcionarios de tal condición. Y con tal finalidad denuncia en sucesivos motivos las siguientes infracciones:

a) Del art. III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado Español y la Santa Sede, de la Disposición Transitoria Decimoséptima de la Ley Orgánica de Educación y del art. 3.1 del Código Civil.

c) Del artículo 14 de la Constitución Española.

d) La Orden Ministerial de 9 de abril de 1999 y de su jurisprudencia interpretativa; de los artículos 7, 1091, y 1254 a 1258 CC, así como la doctrina de los actos propios.

f) De los artículos 9 y 24 de la Constitución.

3.- El recurrente aporta toda esta batería de denuncias sobre un doble punto de partida, a saber: que a pesar de que este colectivo tiene reconocida expresamente su condición de personal, en la Comunidad de Madrid es retribuido como funcionario interino salvo los trienios y se ampara en la dicción tradicional de las normas en las que se funda para que se le reconozca ese derecho, pero no por aplicación directa del art. 25.5 EBEP sino por aplicación del principio de igualdad, actos propios, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Y es sobre estos argumentos de legalidad y de igualdad de trato por los que debe serles reconocido el derecho que reclaman, y no porque les sea de aplicación el art. 25 del EBEP sobre el que apoyaron también sus respectivas pretensiones, como se argumentará seguidamente.

SEGUNDO.- 1.- En el estudio del régimen regulador de las relaciones que han unido a estos profesores con su empleadora la Administración Pública no está de más recordar que ya antes de la Constitución Española y del Acuerdo de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede estos profesores fueron calificados como “funcionarios de empleo” como consecuencia de la equiparación que en la normativa entonces vigente les daba a los profesores del mismo nivel educativo, y así siguieron siendo calificados después de entrar en vigor el Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, y de acuerdo con una sentencia de la entonces Sala 5ª del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1978 que estimó debían ser retribuidos en forma análoga al “profesor interino o contratado” y en atención a que en el art. 3 de dicho Acuerdo se disponía que la enseñanza religiosa en los niveles educativos en los que estaba previsto se implantara sería “impartida por las personas que en cada año escolar sean designadas por la autoridad académica entre las que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esa enseñanza”, de donde se dedujo que el término “designación” indicaba que se trataba de una relación administrativa; y a esa vía parecía conducir que las Órdenes Ministeriales de desarrollo de aquel Acuerdo, tanto la de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católicas en el bachillerato y en la formación profesional, como la que la derogó y sustituyó -Orden de 11 de octubre de 1982 sobre profesorado de religión católica en los centros de enseñanzas medias-, e incluso en la Orden de 16 de julio de 1980 sobre la enseñanza de la religión y moral católicas en los centros docentes de educación preescolar y educación general básica a pesar de que respecto de estos docentes se disponía en el apartado 3.5 que “respecto a estos profesores el Ministerio no contraerá ninguna relación de servicios”; con la particularidad para todos ellos de que a partir del año 1993 pasaron a ser retribuidos directamente por el Ordinario del lugar sobre una cantidad que anualmente le era entregada a la Conferencia Episcopal por el Gobierno en virtud de un Convenio suscrito dicho año entre el Gobierno Español y la Conferencia Episcopal - publicado por la Orden de 9 de septiembre de 1993 - y en el que se acordó que las cantidades a percibir serían las equivalentes a los profesores interinos del mismo nivel educativo con una equivalencia que se había de alcanzar en cinco años.

2.- Durante este tiempo se plantearon ante la jurisdicción social demandas de algunos de estos profesores reclamando el reconocimiento de su condición de trabajadores por cuenta ajena y obtuvieron pronunciamientos favorables a tal pretensión como puede apreciarse en las SSTS de 19 de junio de 1996 y 30 de abril de 1997, sobre el argumento fundamental de que a pesar de que la Ley 30/1984, de 2 de agosto de reforma de la función pública en su disposición transitoria cuarta prohibía en términos generales la contratación temporal en régimen administrativo por cuanto exigía que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado fueran desempeñados por funcionarios públicos, como quiera que hacía excepción y posibilitaba la ocupación por personal laboral en determinados casos ente ellos los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados y en relación con los centros docentes “los puestos que en razón de su naturaleza no se correspondan con las titulaciones académicas existentes”, a partir de tales consideraciones reconoció a estos trabajadores al servicio de la Administración la

condición de “laborales”. Y fue a partir de esta apreciación como por primera vez el nuevo Convenio o Acuerdo suscrito entre el Gobierno y la Conferencia Episcopal de 26 de febrero de 1999 -publicado por Orden de 9 de abril de 1999- reconoció el carácter laboral de estos profesores, su carácter temporal con nombramiento anual, y su dependencia de la Administración Educativa, si bien manteniéndose la equiparación retributiva a la de los profesores interinos a los que pasó a retribuir directamente a partir del 1 de enero de 1999 en virtud de lo pactado.

3.- A partir de ese momento nadie ha puesto en duda el carácter laboral de la relación que une estos profesores con la Administración educativa, si bien esta relación siempre se ha considerado especial tanto por la necesidad de que la contratación vaya precedida de la necesaria declaración canónica de idoneidad, como porque desde el Acuerdo de 1979 se consideró que su nombramiento era temporal por hacerse “para cada año escolar” y porque su retribución venía dada por una equiparación a la percibida por los funcionarios interinos, habiendo sido consagradas estas dos características por la reforma que la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social introdujo en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación del Sistema Educativo al señalar que estos profesores serían contratados “en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar a tiempo completo o parcial”, así como que percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”, en situación que fue así aplicada y reconocida por esta Sala en diversas sentencias del año 2000, en alguna de las cuales - en concreto la de 5 de junio de 2000 (rcud.- 3809/1999) se les negó expresamente la condición de trabajadores fijos que reclamaban así como el derecho a percibir trienios por antigüedad que también reclamaban, y lo mismo en sentencias posteriores en los que aplicando aquella normativa les denegaron el reconocimiento de la antigüedad sobre la base de que, siendo su relación laboral de carácter temporal y estando su retribución fijada por parangón con la de los profesores interinos, no podía reconocérseles tal beneficio por cuanto estos profesores interinos, entendiendo por tales los funcionarios interinos, no las percibían; y así se dijo en dos SSTS de 7 de febrero de 2003 (rec.- 358/2002) e incluso en la de 3 de febrero de 2010 (rec.- 128/2008) a pesar que cuando se dictó esta última ya se había modificado el estatuto tradicional de estos profesores como se verá a continuación.

4.- En una etapa posterior, precedida de diversas dudas sobre la constitucionalidad de una contratación como laborales indefinidos de dichos trabajadores como consecuencia de la exigencia de la previa certificación de idoneidad de los mismos por parte de la autoridad eclesiástica, dudas posteriormente resueltas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 38/2007, de 15 de febrero, se llegó a la conclusión de que los profesores de religión católica podían ser contratados por tiempo indefinido por las administraciones públicas en las condiciones en las que iban a prestar sus servicios -certificado de idoneidad incluido- sin que ello afectara a las exigencias de igualdad y acceso por mérito y capacidad a la función pública, la Ley Orgánica de Educación -Ley 2/2006, de 3 de mayo- introdujo en el régimen jurídico de este profesorado una novedad tan importante como la contenida en su Disposición Adicional Tercera 2 al disponer lo siguiente: “Los profesores que no perteneciendo a los cuerpos funcionarios

docentes impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan al respectivo nivel educativo a los profesores interinos”; y en desarrollo de esta norma se dictó el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio en el que se reiteran estos principios de indefinición de la relación y su equiparación en régimen laboral a los demás trabajadores laborales.

A partir de este momento, siendo cierto que en tal disposición se reitera que “percibirán las retribuciones que correspondan al respectivo nivel educativo a los profesores interinos” como hasta ahora se venía diciendo, no es menos cierto que esta previsión introduce una contradicción en los términos puesto que si se rigen por el Estatuto de los Trabajadores habrán de percibir los salarios que se deriven de las previsiones contenidas en la normativa laboral que les sea aplicable, que por supuesto pueden ser superiores a la de los funcionarios interinos a los que hasta ahora se equipararon, siendo por ello por lo que nuestras sentencias de 10 de diciembre de 2010 (rec.- 2895/2009) y 21 de diciembre de 2010 (rcud.- 2667/2009) entendió que en la actualidad, después de aquella normativa, la fundamentación de su demanda que el Sindicato accionante situaba en el Estatuto del Empleado Público (EBEP) no podía estimarse porque dicha norma no rige para los trabajadores por cuenta ajena más que en la medida en que en éste así se disponga arts. 4, 7 y 27 de dicho Estatuto, razón por la que en materia retributiva el art. 27 del mismo establece expresamente que “las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que les sea aplicable y el contrato de trabajo...”; razón por la que en su condición de laborales no les podía ser de aplicación directa el art. 25 del mismo cuando reconoce a los funcionarios interinos el devengo de trienios.

El hecho de que la nueva LOE les haya reconocido la condición de trabajadores de carácter indefinido -aunque sigan teniendo algunas particularidades en su regulación que no permitan esa equiparación plena como ocurre con la posibilidad de intervención del ordinario en su nombramiento y cese o algunas otras como en cuanto al tiempo de trabajo (por todas ver nuestras SSTs de 7-5-2004 (rec.- 123/03), 9-2-2011 (rec.- 3369/09) o 19-7-2011 (rec.-135/010)-, y que les haya remitido a la regulación que deriva del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de aplicación no permite seguir defendiendo con carácter general que su retribución haya de ser equiparable a la de los funcionarios interinos necesariamente. Y ello porque si se les considera trabajadores por cuenta ajena regidos por el Estatuto de los Trabajadores su retribución no puede ser necesariamente equiparada a la de los funcionarios como lo fue durante toda la época anterior en la que se partía de su calificación inicial de personal funcionario o asimilado derivada de la incertidumbre tradicional acerca de su situación. En la actualidad, sin embargo, en cuanto trabajadores regidos por el Estatuto de los Trabajadores habrá que reconocerles la capacidad para negociar sus salarios que dicha norma laboral reconoce a todos los trabajadores en los arts. 82 y sgs como derivación del derecho a la libertad sindical, y ello significa que esos salarios habrán de

ser los que se pacten en Convenio, con lo que pueden ser superiores, distintos o incluso inferiores a los del funcionario interino. Esta situación jurídicamente acertada ya se ha hecho realidad en algunas comunidades autónomas como puede apreciarse en diversos Convenios Colectivos en los que a los profesores de religión se les ha dado el tratamiento completo de personal laboral incluido el retributivo como puede apreciarse en el Convenio Colectivo Único del personal laboral al servicio de la Generalidad de Cataluña en el que están incluidos -Anexo V del mismo (DOGC 24-1-2006)-, en el País Vasco en donde tienen Convenio propio desde el año 2004 (BOPV de 13-2-2004), en la Comunidad de Cantabria (BOC de 12-2-2010) en cuya Disposición adicional decimocuarta se les asimila a profesores contratados a todos los efectos, o en la Comunidad Valenciana en donde también tienen Convenio Colectivo propio desde el 23 de marzo de 2011.

Por lo tanto, el inciso final de aquella previsión de la LOE sólo permite entender que, tratándose de personal laboral indefinido, la retribución por la antigüedad a la que tengan derecho -sean trienios u otros- serán aquellos que les corresponda según la normativa laboral que les sea de aplicación como cualquier trabajador por cuenta ajena en su misma situación y ello por exigencias del trato igual que derivan de los arts. 14 CE y 15 ET, y, en congruencia con ello, entender que aquella asimilación legislativa que hace la LOE a los profesores interinos deberá interpretarse como una norma residual o subsidiaria que deriva de la tradición legislativa al respecto y por ello aplicable sólo a aquellas situaciones en los que la relación sigue rigiéndose por normas administrativas conforme al sistema anterior a la LOE.

5.- Esta última situación es la que se produce en la Comunidad de Madrid en la que estos profesores de religión y moral católica no están integrados en el Convenio del personal laboral de la Comunidad de Madrid, del que se hallan expresamente excluidos por el art. 2.3 exclusión por cierto avalada por nuestra STS de 28 de octubre de 2003 (rco.- 113/2002) en atención a aquella normativa previa a la Ley Orgánica de Educación y en cuya sentencia ya se anunciaba que esta exclusión se admitía “sin perjuicio de lo que en el futuro pueda llegar a admitirse en atención al carácter indiscutiblemente laboral de la relación jurídica que vincula a los profesores de religión con los Centros de Enseñanza Pública...” (fundamento jurídico cuarto al final), anunciando un futuro que ya llegó. Están excluidos del Convenio Colectivo y sus retribuciones siguen rigiéndose por normas administrativas de la Comunidad a efectos salariales.

TERCERO.- 1.- Siendo ello, y aunque con carácter general aquella asimilación a profesores interinos no pueda ser aceptada por las razones antes alegadas, no es menos cierto que la situación en que los profesores de religión y moral católica se hallan en la Comunidad de Madrid tiene la citada connotación específica antes señalada, consistente en que su régimen jurídico retributivo, a pesar de la nueva regulación general como trabajadores por cuenta ajena, viene establecido como antes se indicó por una norma administrativa y no por un acuerdo colectivo como sería lo lógico en su situación, norma administrativa de la Comunidad de Madrid que les reconoce unas retribuciones equiparables a las de los funcionarios docentes de



carácter interino de conformidad con la tradición reguladora antes indicada que no incluye la retribución de los trienios, y, siendo ello así, no existe razón alguna por las que negarles el derecho que reclaman, pero no porque les sea de aplicación el art. 25 del EBEP en cuanto reconoce el derecho a percibir trienios a los funcionarios interinos, ni siquiera por aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria tercera de la LOE, sino, porque si perciben de la Administración unos salarios como si fueran funcionarios interinos sin serlo, habrá de abonarles las mismas retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios interinos mientras esta situación subsista. Y, en efecto, tiene razón el recurrente cuando en atención a tal situación concreta invoca el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución y la exigencia de que se acomode la propia Administración a las consecuencias que derivan de sus actos propios como derivación del principio de buena fe que preside todo nuestro ordenamiento jurídico desde la previsión que en tal sentido se contiene en el art. 7 del Código Civil. Razones ellas sobre las que procederá reconocerles el derecho reclamado.

2.- Esta Sala es consciente de que con esta resolución está matizando de alguna manera resoluciones anteriores dictadas en unificación de doctrina, pero tiene que insistir en el hecho de que en este recurso se han utilizado por la parte recurrente argumentos jurídicos mucho más profundos de los que se alegaron en ocasiones anteriores, y quiere dejar constancia de que esta resolución, que afecta a la Comunidad de Madrid, no puede considerarse extensiva a otros territorios en los que el desarrollo del régimen jurídico de los profesores de religión es otro y más acorde con la naturaleza jurídica y el régimen laboral que tienen legalmente reconocido, y que resulta por otra parte más acorde con lo dispuesto tanto en el art. 35 de la Constitución como en el art. 28 en cuanto al ejercicio de la libertad sindical en su vertiente relacionada con el derecho a la negociación colectiva.

CUARTO.- En atención a los argumentos anteriores no exactamente iguales a los sostenidos por la demandante y con las limitaciones indicadas, procede dar lugar al presente recurso de casación y en su lugar, casando y anulando la sentencia dictada en la instancia, dar lugar a lo pretendido en el presente procedimiento; sin que proceda imponer a dicho recurrente las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (USIT-EP) contra la sentencia de fecha 11 de Abril de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en autos núm. 9/2011, seguidos a instancia de la misma parte contra Consejería de Educación de la Comunidad De Madrid, sobre conflicto colectivo. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho del profesorado de religión en los centros públicos de enseñanza de la Comunidad de Madrid al

reconocimiento de su antigüedad a efectos de trienios de conformidad con lo percibido por los funcionarios interinos docentes de su nivel educativo desde el inicio de la prestación de sus servicios en los diferentes centros educativos de dicha Comunidad.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- María Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Juliá.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Virolés Piñol.- María Lourdes Arastey Sahún.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Antonio Martín Valverde.- Jesús Souto Prieto.

#### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha, 7 de junio de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 138/2011, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Juliá, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

Haciendo uso de la facultad conferida por el citado artículo, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 138/2011, pues aún cuando coincido con el sentido estimatorio del fallo decidido por la mayoría de la Sala, discrepo -con la mayor consideración y respeto- de la interpretación que en la sentencia se hace de la Disposición Adicional Tercera LOE y del argumento que tal decisión mayoritaria utiliza para justificar la favorable acogida del Conflicto Colectivo suscitado en el ámbito de la Comunidad de Madrid, rechazando la tesis -que acto continuo he de exponer- de que la citada DA Tercera atribuye con carácter general a los Profesores de Religión el cuestionado derecho a trienios. Lo que argumentaré en los términos que constaban en el proyecto de sentencia que fue rechazado, evitando reiteraciones inútiles respecto de extremos que ya han sido expuestos por la sentencia de que se discrepa.

PRIMERO.- Sin perjuicio de los que posteriormente referiré como soporte de la interpretación sistemática, con carácter previo se han de reproducir los preceptos básicos atinentes al caso y asiento expreso de la pretensión:

a).- La DA Tercera de la Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, de 3/Mayo), referida a los Profesores de Religión, establece que

“2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de

contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes... Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”.

b).- Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12/Abril), preceptúa en su art. 7 que “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”; añade en el apartado 2 del art. 25 -relativo a las “Retribuciones de los funcionarios interinos”- que “Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto...”; y dispone en el art. 27 que “Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo...”.

SEGUNDO.- 1.- Ante la ambigüedad de los términos utilizados por la citada DA Tercera (se remite al nivel educativo de los “profesores interinos”, pero sin precisar expresamente la naturaleza -laboral o funcional- de tal interinazgo), una afirmación específica del TC puede adquirir relevancia a la hora de determinar el sentido de aquella referencia retributiva contenida en la DA Tercera de la LOE, y es la de que la remisión al régimen laboral que tal norma efectúa ha de entenderse -así lo sostiene el Tribunal Constitucional- en el sentido de que “por principio, constituye una opción que persigue lograr la máxima equiparación posible en el estatuto jurídico y económico de los profesores de religión con respecto al resto de los profesores, sin perjuicio de sus singularidades específicas”, lo que significa que los Profesores de Religión “disfrutarán de los derechos fundamentales y legales que como trabajadores tienen reconocidos en nuestro Ordenamiento de manera irrenunciable, desde un criterio de máxima equiparación, bien que con las modulaciones que resultan de la singularidad de la enseñanza religiosa” (SSTC 38/2007, de 15/Febrero, FJ 13; y 51/2011, de 14/Abril, FJ 7. Y con la misma doctrina, la STS 19/07/11 -rc 135/10-).

2.- Sobre esta base, sostener que la remisión salarial efectuada para los profesores de Religión va referida a los profesores interinos “laborales”, contradice la doctrina indicada del intérprete máximo de la Constitución acerca del significado y finalidad atribuibles a la DA Tercera LOE, habida cuenta de que la disposición legal tiende -según el criterio del Tribunal Constitucional- a la “máxima equiparación posible” en el estatuto económico con “respecto al resto de los profesores” (como destacamos en cursiva en el precedente fundamento) y esta última expresión no debe ser entendida que alude a un colectivo -el de interinos laborales- que por la propia disposición legal se hallaba destinada a la extinción y que -efectivamente- en la docencia actual ya tendría, a lo sumo, una presencia residual y de puro testimonio histórico.

3.- A tal efecto ha de tenerse en cuenta que la DT Quinta LOE (Ley 2/2006, de 3/Mayo) establece que “el personal laboral que fuera fijo ... podrá acceder a los cuerpos docentes regulados en esta Ley, previa superación de las correspondientes pruebas selectivas...”. Y con tal propósito del legislador -funcionarización de todo el profesorado

docente- parece obligado entender que “el resto de los profesores” al que alude la norma en discordia (DA Tercera LOE) no es sino el colectivo de profesores funcionarios (interinos y titulares de la plaza). Conclusión corroborada, a título de ejemplo, por:

a).- El Preámbulo del Acuerdo Sindicatos-CAM, fechado en 27/07/04 (documento núm. 13 del ramo de prueba actora, y que se tiene por acreditado en la sentencia recurrida), sobre condiciones laborales para el Profesorado de Religión y Moral Católica.

b).- El art. 9 de la OCM 21/01/10 (BOCM 29/01/10), sobre Instrucciones para la gestión de las nóminas del personal de la Comunidad de Madrid.

c).- El art. 8 de la OCM 11/06/10 (BOCM 18/06/10), relativa a Instrucciones en aplicación del RD-Ley 8/2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

d).- El art. 9 de la OCM 12/01/11, referida a Instrucciones para la gestión de las nóminas del personal de la Comunidad de Madrid en 2010. Todos ellos con texto que en aras a la brevedad tenemos por reproducido.

4.- Además, la expresión “profesor interino es la que ha venido siendo utilizada desde siempre como equivalente a funcionario docente interino”, siendo muestras de ello las OOMM 29/09/1979, 11/10/1982 y 09/04/1999, así como los RRDD 926/1999 (28/Mayo) y 917/2002 (6/Septiembre); y, sobre todo, es significativo que sobre la base de un texto similar al de autos, el art. 93 de la Ley 50/1998, que añadió un párrafo a la DA Segunda de la LOGSE (Ley Orgánica 1/1990, de 3/Octubre-), la Administración Pública hubiese entendido siempre que la homologación iba referida a los funcionarios interinos y que al igual que éstos, los Profesores de Religión se hallaban privados de derecho al premio de antigüedad; interpretación administrativa reiteradamente refrendada por esta Sala (valgan de ejemplo las SSTS 09/04/03 -rec. 1550/2002-; 03/12/03 -rec. 4218/01-; 27/09/04 -rec. 5639/2003-; y 25/11/04 -rec. 6109/03-).

5.- Finalmente, tampoco es desdeñable el componente contextual que supone el que la expresión “profesor interino” tan sólo sea utilizada dos veces en la LOE: una en la DT Tercera cuya interpretación debatimos y otra en la DT Decimoséptima, relativa al acceso a la “función pública docente” y que no parece dudoso se refiere al límite máximo de funcionarios interinos. De forma tal que no parece aventurado deducir que la misma expresión (“profesor interino”) atiende a una misma categoría de empleado (“funcionario”).

TERCERO.- 1.- De todas formas, la citada conclusión nos sitúa -a su vez- ante una previsión normativa que no deja de ofrecer cierta perplejidad, habida cuenta de que con ella la DA Tercera. 2 LOE incurre en la aparente contradicción de hacer dos proposiciones formalmente contrapuestas, pues en su primera parte afirma con carácter general que “(l)os profesores que ... impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores”, mientras que en el inciso final dispone -

específicamente- que “estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos” funcionarios (cualificación esta última a cuya justificación hemos dedicado el anterior fundamento jurídico). O lo que es igual, parece que la norma -de redacción poco afortunada, ciertamente- establece dos regímenes jurídicos diversos para el mismo colectivo (Profesores de Religión en centros de enseñanza públicos):

a) El funcional interino para la materia retributiva.

b) El laboral común para los restantes aspectos de la relación (si bien con las modulaciones que en su caso impongan la singularidad de la materia docente a impartir). Diversidad que entendida en sus literales términos supondría la inconstitucionalidad de privar a unos trabajadores -los Profesores de Religión- del derecho fundamental a la negociación colectiva de sus remuneraciones, vulnerando así previsiones normativas tanto de rango constitucional (art. 37.1 CE) como ordinario (arts. 3.1.b), 4.1.c) y 82 y sigs. ET).

2.- Pero no ha de olvidarse que la interpretación de las normas ha de realizarse en términos ajustados a la Constitución, tal como dispone el art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la disposición legal cuestionada haya de elegirse siempre “aquel que sea más conforme con las normas constitucionales” (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre. Y -entre muchas otras- SSTS 10/12/02 -rec. 1492/02-; SG 22/12/08 -rcud 3460/06-; 22/12/08 -rcud 856/07-; y 10/11/09 -rcud 2514/08-) y más particularmente en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (así, SSTC 115/1987, de 7/Julio, FJ 1; 24/1990, de 15/Febrero, FJ 2; y 48/1991, de 28/Febrero). Aparte de que en principio ha de presumirse la racionalidad de la opción del legislador, pues las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una “presunción de legitimidad” (entre otras, SSTC 66/1985, de 23/Mayo, FJ 3; 115/1987, de 7/Julio, FJ 4; 13/2007, de 18/Febrero, FJ 4; y 90/2009, de 20/Abril, FJ 6).

3.- Pues bien, en el caso de que tratamos la DT Tercera LOE adquiere plena coherencia si se considera que la misma parte del principio general de que al colectivo de Profesores de Religión le es de aplicación el ET; declaración que es plenamente acorde a la naturaleza inequívocamente laboral del vínculo, tal como había sido de siempre proclamada por la jurisprudencia (así, ya en las SSTS 19/06/96 -rcud 2743/95-; 30/04/97 -rcud 3561/96-; 27/04/00 -rcud 3295/99- ...), como expresamente fue reconocida por la ya cuestionada DT Tercera LOE y finalmente reiterada por el posterior RD 696/2007 (arts. 2 y 4). Pero por razones fácilmente imaginables (evitar un vacío normativo en la retribución, pues es notorio que a la sazón los citados Profesores excluidos del ámbito de los Convenios del personal laboral de las Comunidades Autónomas), en materia salarial se establece una previsión que no puede sino ser entendida como subsidiaria o suplementaria, en el sentido de que en ausencia de negociación colectiva al efecto (derecho que de manera innegable ha de atribuirse a los trabajadores de que tratamos, precisamente por su cualidad laboral legalmente

reconocida), “estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores (funcionarios) interinos”.

Con esta elemental interpretación del texto encajan todas las piezas: los Profesores de Religión son trabajadores y como tales les corresponden la regulación contenida en el ET y entre sus derechos está el fundamental de negociación colectiva; pero en ausencia de ella -dada la exclusión convencional a que más arriba hicimos referencia- se dispone supletoriamente su remuneración en los términos previstos para el personal funcionario interino, cuyo complemento por antigüedad (art. 25.2 EBEP) les corresponde por la singular remisión que hace la DT Tercera LOE y como excepción a la prevención genérica que lleva a cabo el art. 7 EBEP, limitando la aplicación al personal laboral de las AAPP a “los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Y así entendida, esta remisión -subsidiaria- al régimen retributivo de los funcionarios interinos por fuerza ha de ceder cuando el colectivo de que tratamos negocie o sea incluido en el ámbito de aplicación de convenios propios del personal de las Administraciones Públicas (como se ha producido en algunas Comunidades Autónomas, según veremos).

CUARTO.- 1.- En último término quiero destacar que el reconocimiento de trienios a los Profesores de Religión también tiene apoyo en el principio de igualdad, que afecta de manera especial precisamente a las Administraciones Públicas (SSTC 161/1991, de 18 de junio, FJ 1; 2/1998, de 12 de enero, FJ 3; y 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3. Y STS 07/12/11 -rcud 4574/10-). Y en el caso de que tratamos, si bien las peculiaridades atribuibles a la docencia religiosa inciden de forma evidente en algunos aspectos de su régimen jurídico (por ejemplo, la forma de contratación; las limitaciones de derechos derivadas del ideario religioso; la adaptación de la jornada a la demanda de enseñanza de religión...), ninguna relación guardan -tales peculiaridades- con la retribución complementaria por los servicios prestados en el pasado, lo que de forma indubitada se reconoce a los docentes funcionarios -en propiedad o interinos- y a los restantes contratados laborales de todas las Administraciones Públicas -fijos o temporales-, siendo estos últimos los que más claramente operarían como “tertium comparationis” en el necesario juicio relacional de igualdad (así, por ejemplo, SSTC 111/2001, de 7/Mayo FJ 2; 39/2002, de 14/Febrero, FJ 4 y 5; 103/2002, de 6/Mayo FJ 4; 39/2003, de 27/Febrero, FJ 4; 125/2003, de 19/Junio, FJ 4; y 53/2004, de 15/Abril, FJ 2). De esta forma, la práctica empresarial de la CAM, que sin apoyo normativo alguno excluye a un colectivo laboral del devengo de un derecho -complemento de antigüedad- que se reconoce a todos y cada uno de los restantes colectivos trabajadores, no responde a la exigible razonabilidad.

2.- En esta línea aplicativa del principio de igualdad no deja de ser revelador que esa equiparación -con el correspondiente reconocimiento del derecho a trienios- haya sido adoptada por las Comunidades Autónomas de Galicia (Orden de 11/05/07, de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria), Castilla y León (Instrucción de 15/05/07, de la DGRH de la Consejería de Educación), Región de Murcia (Instrucciones de 06/06/07, de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación y Cultura), Aragón (Resolución de 13/07/07, de la Dirección General de Gestión de

Personal del Departamento de Educación, Cultura y Deportes), Cantabria (Resolución de 24/10/07, de la Dirección General de Personal Docente), Junta de Extremadura (Instrucciones de 17/06/08, de la Dirección General de Personal Docente) y Andalucía (Resolución de 07/10/08, de la Dirección General de Profesorado y Recursos Humanos de la Consejería de Educación). Disposiciones que todas ellas constan declaradas probadas en la decisión recurrida (ordinales cuarto a décimo). Como tampoco deja de ser significativo que en las escasas regulaciones colectivas pactadas con posterioridad a la LOE y que tratan de los Profesores de Religión, se llegue precisamente a la interpretación retributiva -de la DA Tercera LOE- que ahora se nos manifiesta como la más adecuada. Así, el art. 2 del Convenio Colectivo para los Profesores de Religión de la Comunidad Valenciana; la DA Decimocuarta del VIII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Cantabria (BOC extraordinario núm. 3 12/02/10); el art. 26 del Convenio del personal que presta servicios como profesor de Religión Católica en los centros docentes públicos dependientes de la Generalidad de Cataluña (Resolución de 19/09/11); e incluso el IV Borrador de Convenio Colectivo del Profesorado de Religión Católica al servicio de la Administración Educativa de la CA de Andalucía, publicado por la Consejería de Educación. Todos ellos no solamente equiparan la retribución de los Profesores de Religión a los “funcionarios interinos”, con referencia expresa a los trienios por ellos devengados, sino que en más de algún caso se incluye la aplicación del régimen de reconocimiento de servicios previos establecido para el personal funcionario por la Ley 70/78 (26/Diciembre).

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se han adherido los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Julià, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.