

# TEMAS DE LA FUNCION PUBLICA

35.08(46)

**Cesantía por razón de matrimonio. Ilegalidad de las disposiciones que la establecen. Su encuadramiento en las situaciones administrativas actuales**

## ANTECEDENTES

La Orden de la Secretaría General del Movimiento de 7 de julio de 1944 rectificadora el día 16 del mismo mes, establece el cese automático de la mujer funcionario del Cuerpo General Administrativo del Movimiento al contraer matrimonio. La Orden de 7 de febrero de 1964 determinó que los funcionarios que figuren en situación de cesantía por matrimonio serán considerados a partir de 1 de enero de 1962 en situación de excedencia voluntaria.

Existen funcionarias a las que se ha obligado a cesar como tales funcionarias por causa de matrimonio. Por otra parte, la equiparación de dicha situación de cesantía a la excedencia voluntaria les priva de la consolidación de trienios y significa la ruptura en el tiempo, para lograr la integración en el Cuerpo Administrativo.

Se plantea:

- 1.º Si las disposiciones citadas son ilegales o no.
- 2.º Si la equiparación de efectos de la cesantía en la excedencia voluntaria es correcta.

## CONSULTA

A) *Ilegalidad de dichas disposiciones*

La Orden de 7 de julio de 1944 de la Secretaría General del Movimiento, rectificadora el 16 del mismo mes, dice textualmente:

«El aspirante femenino, para ingresar en cualquiera de las escalas del Cuerpo General Administrativo, habrá de acreditar hallarse en estado de soltería o viudedad. Este personal al contraer matrimonio automáticamente cesará en el desempeño del cargo y percepción

de haberes, si bien podrán re-ingresar al servicio en caso de viudedad con la categoría y antigüedad que disfrutaban al cesar. Por excepción, el citado personal femenino que hubiera ingresado en propiedad, con anterioridad a estas normas, continuará gozando de la plenitud de derechos que alcanzó a su ingreso.»

La Orden de 7 de febrero de 1964 estableció la equiparación de efectos de la cesantía por matrimonio, a la situación de excedencia voluntaria a partir del 1 de enero de 1962, debido a la supresión de dicha situación de cesantía.

Dichas Ordenes, al imponer, de una parte, el cese automático en el servicio de la mujer funcionario por el hecho de contraer matrimonio y, de otra, al equiparar este cese automático a la excedencia voluntaria, establecen una discriminación de la mujer casada funcionario respecto de las demás mujeres funcionarios y del varón que se encuentre en la misma circunstancia, que contradice el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley (art. 3.º del Fuero de los Españoles) y de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 11 del Fuero de los Españoles). Igualdad a su vez recogida en las Leyes de 22 de julio de 1961 y 28 de diciembre de 1966, que establecen que «la Ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo».

En consecuencia, aplicar la cesantía a la mujer por su cambio

de estado va en contra de las normas fundamentales y legales que constituyen nuestro ordenamiento jurídico, y en virtud del principio de jerarquía de normas hay que afirmar la nulidad de pleno derecho de las mismas de acuerdo con el artículo 28 en relación al 26 de la Ley de Régimen Jurídico, aplicable a la Organización Sindical, de acuerdo con el artículo 43.1 de la Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero, cuando establece:

«Las disposiciones, actos y acuerdos de los órganos sindicales estarán sometidos al ordenamiento jurídico general.»

No faltan precedentes en la Administración Pública del Estado de cambio en la situación administrativa de las funcionarias casadas, pero nunca con el rigor y automatismo que suponen las Ordenes antes citadas. Así, De la Vallina Velarde (1) cita dos supuestos: a) del Decreto de 11 de agosto de 1953 que establece para las maestras que la mujer casada puede quedar en situación de *excedencia voluntaria especial* como situación intermedia entre la excedencia forzosa y la voluntaria, pues conservaba los derechos escalafonales, a reingresar en la misma escuela o, en su defecto, en la misma localidad y el participar en los concursos, oposiciones y demás procedimientos que tiendan a mejorar categorías de censo de población para un futuro o posible reingreso, y b) en el ámbito

(1) DE LA VALLINA VELARDE, JUAN LUIS: «Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos», *Revista de Administración Pública* núm. 39, septiembre-diciembre 1962, p. 482.

de la Administración local, en el artículo 61 del Reglamento de 30 de mayo de 1952 quedaba la mujer que se casaba sin ningún derecho, salvo el percibo de tantas mensualidades como años de servicio hubiera prestado. Pero en ninguno de estos dos supuestos se utiliza la expresión de cesantía, ni el cese tiene carácter automático y de privación de derechos de las Ordenes que comentamos.

Después de la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, ni el sexo ni el estado civil son causa motivadora de dicho cese, sino que ha pasado a ser, por el contrario, una causa de las que, a petición y por conveniencia de la mujer funcionario, pueden producir la excedencia voluntaria (art. 45.1 b) de la Ley articulada y 66.1 b) del Estatuto del Secretariado y del personal de la Organización Sindical). Este cambio de criterio deja planteada la cuestión sobre el régimen aplicable a las situaciones creadas anteriormente, o sea, cómo puede encajarse dicha situación de cesantía por razón de matrimonio en el cuadro de las situaciones actuales administrativas de los funcionarios públicos.

#### B) *Su encuadramiento en las situaciones administrativas*

La cesantía de la Orden de 7 de julio de 1944 es una situación independiente, con efectos propios y distintos a las situaciones administrativas actuales (2) reconoci-

(2) Entre las numerosas variedades de cesantía, que tienen hoy un mero interés histórico, que reseña GARCÍA TREVIJANO

das en el Estatuto del Secretariado y del Personal de la Organización Sindical, y si admite alguna equiparación es con la excedencia forzosa, nunca con la voluntaria, ya que tiene un origen forzoso impuesto al funcionario como un «cese obligado en el servicio activo», mientras que la excedencia voluntaria constituye un «derecho del funcionario que la solicite», nunca una imposición de la Administración. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959 determina que «la distinción fundamental entre las distintas modalidades que puede adoptar la situación de excedencia viene determinada por la participación que para llegar a ella tiene la voluntad del funcionario, de ahí que la excedencia voluntaria se conceda y la forzosa se declare». «La excedencia voluntaria deriva de la petición del interesado—dice la Sentencia de 27 de septiembre de 1957—y la forzosa del mandato de la Administración». Por ello, reitera la Sentencia de 9 de junio de 1968, que no basta el consentimiento en la situación, sino que se requiere además que la misma hubiera sido solicitada por el interesado.

Fácilmente puede comprenderse que en la imposición del cese automático por razón del matrimonio, y más tarde en la aplicación unilateral para estos casos de la excedencia voluntaria, no ha exis-

Fos, J. A. en su *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I del tomo III, p. 188, ésta, por razón de matrimonio, podría encajar en la c) «Cesantía por voluntad de la Administración» o e) «Como causa genérica amparadora de situaciones diversas».

tido petición o solicitud del interesado, por lo que resulta muy difícil el encasillamiento de estas situaciones pasadas en la excedencia voluntaria.

Este problema se hubiera evitado, por lo menos en parte, dando opción a las interesadas, a la vista de la Ley de 22 de julio de 1961, para que reingresaran al servicio activo o para que pasaran a la situación de excedencia voluntaria.

Este régimen de opciones existe en el mundo laboral, en el que el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, después de determinar que «el cambio de estado civil de la mujer trabajadora no altere su relación laboral», establece:

«No obstante, al contraer matrimonio podrá ejercitar alguna de las siguientes opciones:

1.º Continuar su trabajo en la empresa.

2.º Rescindir su contrato de trabajo, con derecho a la indemnización que señalen las disposiciones legales o convencionales que regulen su actividad profesional.»

Esta indemnización, en la que se tienen presentes los períodos de interinidad o de trabajo provisional, constituye la llamada dote matrimonial «como un medio de defensa del hogar», según las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 18 y 24 de septiembre y 15 y 16 de diciembre de 1971.

En resumen, las soluciones adoptadas por la Administración pública tanto estatal como local, así como por el Derecho laboral son más generosas y se comprenden más adecuadamente con la legalidad vigente que las adoptadas por las Ordenes de 7 de enero de 1944 y 7 de febrero de 1964.

Por ello, para procurar una más exacta correspondencia con la naturaleza y origen de la cesantía por razón de matrimonio, y durante el tiempo en que la misma fue impuesta a las interesadas, debería regularse los efectos de la misma en orden a los trienios e interrupción del tiempo de servicios en orden a la integración del personal afectado por dichas disposiciones en Cuerpos de nivel superior.

#### **Edad de jubilación de los funcionarios de los Cuerpos Auxiliar de Administración Civil del Estado y subalterno procedentes de los antiguos Patronatos de Enseñanza Media y Profesional. Derecho de opción. Cómputo de antigüedad**

##### **ANTECEDENTES**

La consulta de referencia, en síntesis, queda centrada en dilucidar si a los funcionarios del Cuerpo Auxiliar y Subalterno procedentes de los antiguos Patrona-

tos de Enseñanza Media y Profesional, es de aplicación respecto a su jubilación el artículo 39 y disposición transitoria 12 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, así como el artículo 27 del texto refundido de

la Ley de Derechos Pasivos del Estado, tanto si fueron integrados antes o después de la entrada en vigor de aquella ley o, por el contrario, gozan del derecho adquirido en orden a los topes de jubilación que regían en los organismos de que proceden.

#### CONSULTA

El artículo 39 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado señala que la edad de jubilación de los funcionarios del Cuerpo Auxiliar y Subalterno será de sesenta y cinco años y la disposición transitoria 12 dispone que este tope regirá solamente a partir del momento en que se determine por la Ley de Seguridad Social de Funcionarios.

Por su parte, el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, dispone que, no obstante la jubilación a los sesenta y cinco años de edad de los funcionarios de los Cuerpos Auxiliar y Subalterno, será forzosa sólo para los que hubieran ingresado al servicio del Estado a partir del 1 de enero de 1965. Los que hubieran ingresado con anterioridad a esta fecha podrán optar entre continuar en el servicio hasta cumplir la edad para la jubilación forzosa que estaba establecida en la legislación anterior o cesar en el servicio activo por tener cumplidos los sesenta y cinco años.

El artículo 2.º a) del Decreto 1640/1970, de 12 de junio, sobre situación del personal dependiente de los antiguos Patronatos de En-

señanza Media y Profesional dispone que los funcionarios que opten por integrarse en el Cuerpo Auxiliar o Subalterno sólo causarán derechos a todos los efectos desde el momento de su integración en los mismos.

El artículo 6.º del Decreto 1879/1971, de 22 de julio, vino a modificar en parte la disposición anterior al disponer que a los solos efectos de antigüedad los funcionarios de referencia causarán derechos desde la fecha en que fue adquirida la condición de funcionario en propiedad del organismo que procedan.

De ambos preceptos legales se deduce, por lo que respecta al personal procedente de los antiguos Patronatos de Enseñanza Media y Profesional integrados en los Cuerpos Auxiliar y Subalterno, hay que distinguir dos supuestos en orden a su situación, a saber: a) Respecto al cómputo de su antigüedad; b) Respecto a los topes de edad de jubilación.

Por lo que se refiere a su antigüedad, es evidente que, de conformidad con el artículo 6.º del Decreto 1879/1971, el personal auxiliar y subalterno causará derechos a efectos de aquélla desde la fecha en que fue adquirida la condición de funcionario en propiedad en el organismo de que procedan.

Por lo que respecta a la edad de jubilación del personal procedente de los antiguos Patronatos de Enseñanza Media y Profesional integrados en los Cuerpos Auxiliar y Subalterno, de conformidad con el artículo 2.º a) del Decreto 1640/1970 sólo causará derecho a todos los efectos desde el momento en

que se verifique aquélla, en cuyo derecho hay que entender el de la edad de la jubilación que señala la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado y la facultad de opción que conceda el texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos.

Pero también cabe señalar que la edad de jubilación podría ser interpretada como una facultad reservada al funcionario como derecho adquirido, en caso de que el personal de referencia tuviese un tope de edad de jubilación distinto al señalado para los funcionarios de los Cuerpos Auxiliar y Subalterno, en este caso tanto por lo dispuesto en la disposición transitoria 15 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado como por reiterada doctrina del Tribunal Supremo de que la norma posterior, ley o reglamento, aunque respetando el principio jerárquico formal de las normas, pueda modificar las edades de jubilación, ya que la determinación de la edad legal de retiro en un Cuerpo de la Administración es función privativa de ésta, no pudiendo originar lo que en un momento se establezca a este respecto derechos adquiridos por el funcionario, sino que constituye un límite o condición reglamentaria para el ejercicio de las funciones públicas propias del Cuerpo a que se refiere, susceptibles siempre de modificación.

Son de citar las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 2 y 31 de marzo de 1959, 16 de mayo

y 7 de junio de 1960, en todas ellas se sienta el criterio de que son legítimas las variaciones por la Administración de la edad de retiro a través del tiempo en atención al interés público y naturaleza del servicio. La de 4 de marzo de 1965 señala «que es facultad de la Administración determinar las edades para la jubilación de los funcionarios civiles o la del retiro para los militares, sin que por ello se mengasen los derechos adquiridos, porque no lo tiene el funcionario para impedir la libre determinación del poder público cuando fija o altera la edad límite que juzga necesaria para la prestación de los servicios que del funcionario demande...»

Por todo lo expuesto se deduce claramente que si bien al personal de los antiguos Patronatos de Enseñanza Media y Profesional la antigüedad se le computará desde la fecha en que fue adquirida la condición de funcionario en el organismo de que proceden, a efectos del tope de edad de jubilación, entran de lleno dentro de la normativa aplicable a los demás funcionarios de los Cuerpos Auxiliar y Subalterno de la Administración Civil del Estado y, por tanto, si fueron integrados en éstos antes del 1 de enero de 1965 la edad de jubilación será de setenta años, gozando de la opción de jubilarse a los sesenta y cinco años y si fueron integrados con posterioridad a aquella fecha deben en todo caso ser jubilados a los sesenta y cinco años.