

Id Cendoj: 28079130072009100587  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 3823/2006  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Orden de la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 20 de abril de 2001, por la que se establecen, para el curso 2001-2002, la plantilla orgánica y la composición de unidades de los centros públicos de enseñanzas de régimen general y especial y Orden de 23 de abril de 2001 de dicha Consejería, que publicó la relación de vacantes definitivas a proveer en el concurso de traslados para funcionarios del Cuerpo de Maestros en centros públicos de educación infantil, primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y educación de adultos, convocado por Orden de 6 de octubre de 2000.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 3823/2006, interpuesto por don Casimiro , representado por la procuradora doña Isabel Torres Ruiz, contra la sentencia nº 133, dictada el 18 de marzo de 2005 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, recaída en el recurso nº 95/2002, sobre Orden de la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 20 de abril de 2001, por la que se establecen, para el curso 2001-2002, la plantilla orgánica y la composición de unidades de los centros públicos de enseñanzas en régimen general y especial. Y Orden de la citada Consejería de 23 de abril de 2001, por la que se publica la relación de vacantes definitivas a proveer en el concurso de traslados para funcionarios del Cuerpo de Maestros en centros públicos de Educación Infantil, Primaria, Educación Especial, Educación Secundaria Obligatoria y Educación de Adultos, convocado por Orden de 6 de octubre de 2000.

Se ha personado, como parte recurrida, la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA, representada por el procurador don Pablo Oterino Menéndez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso nº 133/2005, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con fecha 18 de marzo de 2005 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"FALLAMOS*

*Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Casimiro contra las Órdenes de la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 20 y 23 de abril de 2001, por ser dichos actos conformes a derecho; sin costas".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de casación don Casimiro , que la Sala de Murcia tuvo por preparado por auto de 24 de marzo de 2005 , acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Por escrito presentado el 20 de junio de 2006 en el Registro General de este Tribunal

Supremo, se interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, el Sr. Casimiro solicitó a la Sala que

*"DICTE SENTENCIA POR LA QUE CASE Y ANULE LA RECURRIDA, DICTANDO EN SU LUGAR OTRA QUE DECLARE TODOS LOS PEDIMENTOS RECOGIDOS EN LA DEMANDA INICIAL CUYO RESULTADO FUE LA SENTENCIA HOY RECURRIDA".*

Por Otrosí Digo, manifestó:

*"Que para que en el supuesto de que la Consejería de Educación y Cultura negare los hechos y circunstancias que he expresado, interesa a esta parte el recibimiento a prueba de este incidente y que ha de versar en principio sobre los documentos y solicitudes que digo:*

*1.- Acuerdo de 30 de marzo de 2004 sobre la retribución adicional para los maestros que imparten educación secundaria.*

*2.- Sentencia de 6 de mayo de 2005, en el recurso de suplicación 4057/2003 TSJ de Asturias. Sala de lo Social .*

*3.- Sentencia nº 54 de 24 de febrero de 2004 del TSJ de Canarias. Sala de lo Contencioso Administrativo . Sección Segunda. En recurso de apelación de la 121/2004 del juzgado nº 3.*

*Si fuese necesario se solicita testimonio de los documentos 2 y 3.*

*4.- Certificación de la sección de nóminas de la Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, donde se haga constar los funcionarios del cuerpo de Maestros que perciben la retribución adicional por impartir educación secundaria, así como la especialidad del puesto de trabajo que ocupan, para comprobar que los maestros especialistas en pedagogía terapéutica y Audición y Lenguaje también los perciben".*

**CUARTO.-** Personado en forma el recurrente, en virtud del requerimiento efectuado por diligencia de ordenación de 15 de enero de 2007, por providencia de 18 de abril de ese año se tuvo por interpuesto el recurso por la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz. Asimismo, se tuvo por personado al Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, como recurrido. Y, de conformidad con las normas de reparto, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima.

**QUINTO.-** Recibidas, por providencia de 5 de septiembre de 2007 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formulara su oposición.

**SEXTO.-** Evacuando el traslado conferido, el Sr. Oterino Menéndez, en representación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se opuso al recurso y, en virtud de las alegaciones expuestas en su escrito presentado el 16 de octubre de 2007, pidió a la Sala que dicte sentencia desestimándolo en todos sus motivos con expresa imposición de costas --dijo-- al recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por necesidades del servicio se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo acordado para el día 11 de noviembre de 2009, señalándose nuevamente para el día 9 de diciembre de este año, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** , Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Al igual que hicimos en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2009 (casación 278/2006 ), que contemplaba una controversia semejante a la que ahora se suscita, conviene que, para su mejor comprensión, recordemos, en primer lugar, qué se discutió en la instancia y cuáles fueron las razones que llevaron a la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Don Casimiro , Licenciado en Psicología y Pedagogía, funcionario del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria (ESO) y maestro en excedencia, impugnó la Orden de 20 de abril de 2001 de la Consejería de Educación y Universidades de la Región de Murcia por la que se establecían para el curso 2001-2002 la plantilla orgánica y la composición de unidades de los centros públicos de enseñanzas de régimen general y especial. Y también recurrió la Orden de 23 de abril de 2001 de la misma Consejería que publicó la relación de vacantes definitivas a proveer en el concurso de traslados para funcionarios del

Cuerpo de Maestros en centros públicos de educación infantil, primaria, educación especial y educación de adultos, convocado por Orden de 6 de octubre de 2000.

El Sr. Casimiro formuló en su demanda estas cinco pretensiones:

1º La nulidad de la Orden de 20 de abril de 2001 en lo referente a la creación de puestos de trabajo para ser cubiertos por funcionarios del Cuerpo de Maestros en determinados Institutos de Educación Secundaria que se relacionaban en este punto del suplico y correspondían a la especialidad de "Pedagogía Terapéutica".

2º La nulidad de la Orden de 23 de abril de 2001 en lo referente a las nuevas vacantes que oferta para ser cubiertas por funcionarios del Cuerpo de Maestros y que son consecuencia de la creación de puestos mencionada en el anterior punto.

3º La declaración de nulidad de los destinos y nombramientos de funcionarios del Cuerpo de Maestros que hayan ocupado las vacantes a que se hace referencia en los anteriores puntos 1º y 2º.

4º La declaración expresa de que no pueden ser ofertadas a funcionarios de Cuerpos de Maestros, ni por tanto cubiertas por ellos, las vacantes que se produzcan como consecuencia de la creación de puestos de trabajo en los Institutos de Enseñanza Secundaria con posterioridad a la caducidad de la *disposición transitoria cuarta punto 2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)*.

5º Que se inste a la Consejería de Educación y Cultura a que proceda a cubrir los puestos controvertidos, todos ellos de "Pedagogía Terapéutica", por concurso de traslados, de manera inmediata y sin dilación, por funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria de la especialidad Psicología y Pedagogía.

**SEGUNDO.-** La Sala de Murcia, como hemos anticipado, desestimó el recurso contencioso-administrativo del Sr. Casimiro por las razones que, a continuación, resumimos.

La sentencia rechaza, en primer lugar, la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración regional, pues considera que el recurrente sí tiene legitimación porque en su condición de funcionario del Cuerpo de Profesores de la ESO y de Licenciado en Psicología y Pedagogía, de anularse las Órdenes impugnadas, podría acceder a plazas que habían sido ofrecidas a Maestros. Por tanto, aprecia en la suerte del recurso un beneficio que incide en su esfera profesional.

Despejado ese obstáculo, la sentencia explica el alcance de la reforma que llevó a cabo la *Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)* y se fija en que distingue entre el nivel de la educación primaria y la etapa de la ESO dentro de las enseñanzas de régimen general, aunque uno y otra integren la enseñanza básica obligatoria y gratuita (*artículo 5*); así como la distinta titulación exigida al profesorado que ha de impartir las enseñanzas: Maestros en el caso de la Educación Primaria (*artículo 16*) y Licenciados, Ingenieros o titulaciones equivalentes a efectos de docencia en el de la ESO (*artículo 24*). Alude, asimismo, a lo que establece la *disposición adicional décima* sobre la asignación del nivel y la etapa anteriores a distintos cuerpos de funcionarios: el Cuerpo de Maestros desempeña sus funciones en la educación primaria y el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria lo hace en la ESO.

Después, transcribe la *disposición transitoria cuarta* y subraya que el recurrente se apoya en su punto dos para sostener que, una vez transcurridos los diez años que en él se señalan, ya no es posible en la ESO crear nuevos puestos de trabajo para que sean cubiertos por funcionarios del Cuerpo de Maestros.

Prosigue la sentencia de instancia afirmando, primero, que las anteriores determinaciones de la LOGSE deben ponerse en relación con otras prescripciones de la misma. En concreto, con el principio que para la actividad educativa proclama en su *artículo 2.3.g)* --"La atención psicopedagógica y la orientación educativa y profesional-- y con la regulación que dedica a la Educación Especial en el Capítulo V de su Título I, en particular con lo dispuesto en estos dos preceptos:

"*Artículo 36*

1. El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para que los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, puedan alcanzar dentro del mismo sistema los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos.

3. La atención al alumnado con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización y de integración escolar.

#### Artículo 37

1. Para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior, el sistema educativo deberá disponer de profesores de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales didácticos precisos para la participación de los alumnos en el proceso de aprendizaje. Los centros deberán contar con la debida organización escolar y realizar las adaptaciones y diversificaciones curriculares necesarias para facilitar a los alumnos la consecución de los fines indicados. Se adecuarán las condiciones físicas y materiales de los centros a las necesidades de estos alumnos.

2. La escolarización en unidades o centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas por un centro ordinario. Dicha situación será revisada periódicamente, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso de los alumnos a un régimen de mayor integración".

Luego apunta que las anteriores previsiones han sido desarrolladas por el *Real Decreto 696/1995, de 28 de abril*, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, y se fija en estos dos preceptos:

#### "Artículo 1 . Objeto

1. Es objeto del presente Real Decreto la regulación de las condiciones para la atención educativa a los alumnos con necesidades especiales, temporales o permanentes, asociadas a su historia educativa y escolar, o debidas a condiciones personales de sobredotación y de discapacidad psíquica, motora o sensorial.

#### Artículo 8 . Recursos, medios y apoyos complementarios

1. El Ministerio de Educación y Ciencia dotará a los centros docentes con recursos, medios y apoyos complementarios a los previstos con carácter general en cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, cuando el número de alumnos con las necesidades educativas especiales escolarizados en ellos y la naturaleza de las mismas así lo requiera.

2. Los medios personales complementarios para garantizar una educación de calidad a los alumnos con necesidades educativas especiales estarán constituidos por los maestros con las especialidades de pedagogía terapéutica o educación especial y de audición y lenguaje que se establezcan en las correspondientes plantillas orgánicas de los centros docentes y de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica, así como por el personal laboral que se determine.

3. En las plantillas del Cuerpo de Maestros se incluirán los puestos de trabajo de pedagogía terapéutica y de audición y lenguaje que deban existir en los equipos de orientación educativa y psicopedagógica y en los departamentos de orientación de los institutos de educación secundaria que escolaricen alumnos con necesidades educativas especiales permanentes. Estos puestos se cubrirán de acuerdo con las normas de provisión de puestos correspondientes al Cuerpo de Maestros".

También se refiere a la regulación de los Departamentos de Orientación contenida en el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, aprobado por *Real Decreto 83/1996*, y se fija en lo que dispone su artículo 41 :

#### "Artículo 41 . Composición del departamento de orientación

El departamento de orientación estará compuesto por:

a) Profesores del cuerpo de profesores de enseñanza secundaria, entre los que habrá, al menos, uno de la especialidad de psicología y pedagogía, o que ostente la titularidad de una plaza de esta especialidad, al amparo del *Real Decreto 1701/1991, de 29 de noviembre*, por el que se establecen especialidades del cuerpo de profesores de enseñanza secundaria, así como, profesores del cuerpo de profesores técnicos de formación profesional y, en su caso, maestros".

Este precepto le lleva a decir que "deberán existir maestros en aquellos casos en que en el centro se

escolaricen alumnos con necesidades educativas especiales permanentes" ya que "son dichos funcionarios, con las especialidades de pedagogía educativa, los medios personales previstos para atender a la consecución de garantizar una educación de calidad a los alumnos con necesidades educativas especiales".

Por último, señala que en desarrollo del *artículo 42 de ese Reglamento Orgánico se establecen en la Resolución de 29 de abril de 1996*, de la Dirección General de Centros Escolares, sobre organización de los Departamentos de Orientación en los Institutos de Educación Secundaria, las funciones de los mismos y llama la atención sobre que en ella se definen las responsabilidades específicas de los diferentes componentes del departamento y aparecen con funciones distintas cada uno de estos profesionales: Profesorado de la especialidad de Psicología y Pedagogía, Profesorado de apoyo a los ámbitos lingüístico y social, científico y tecnológico y área práctica; Maestros de las especialidades Pedagogía Terapéutica y de Audición y Lenguaje y Profesorado de Apoyo del Programa de Compensación de Desigualdades, Profesorado de formación y orientación laboral, Profesorado Técnico de Formación Profesional de Servicios a la Comunidad y Jefe del Departamento de Orientación.

También aquí subraya la sentencia que se contempla de forma expresa que estos departamentos de los centros de Educación Secundaria han de estar integrados por maestros de la referida especialidad cuando haya alumnos con necesidades educativas especiales y recuerda cuáles son sus cometidos:

*"a) Colaborar con los departamentos didácticos y las Juntas de Profesores, en la prevención, detección y valoración de problemas de aprendizaje, en las medidas de flexibilización organizativa, así como en la planificación y en el desarrollo de las adaptaciones curriculares dirigidas a los alumnos con necesidades educativas especiales, en situación de desventaja social o bien a aquellos que presenten dificultades de aprendizaje.*

*b) Elaborar, conjuntamente con los correspondientes departamentos didácticos, la propuesta de criterios y procedimientos para desarrollar las adaptaciones curriculares apropiadas a los alumnos con necesidades educativas especiales.*

*c) Realizar actividades educativas de apoyo para los alumnos que sigan programas específicos de compensación educativa, o bien para aquellos que presenten problemas de aprendizaje, bien directamente o a través del asesoramiento y colaboración con el profesorado de los departamentos didácticos, cuando la especificidad de los contenidos y otras circunstancias así lo aconsejen,*

*d) Colaborar con los tutores en la elaboración del consejo orientador que ha de formularse al término de la Educación Secundaria Obligatoria para aquellos alumnos con necesidades educativas especiales, que sigan programas específicos de compensación educativa o que presenten problemas de aprendizaje (...)"*.

En este punto la sentencia se ocupa de la alegación del recurrente según la cual el *Real Decreto 696/1995* no puede invocarse frente a lo establecido en la LOGSE y se pregunta si, tras el transcurso del período de diez años contemplado en el *punto dos de su disposición transitoria cuarta, resultan aplicables las normas antes citadas (del Real Decreto 696/1995 y del Reglamento aprobado por el Real Decreto 83/1996)* en virtud del principio de jerarquía normativa y si, por tanto, pueden encontrar amparo en ellas las Órdenes recurridas.

La Sala de instancia da una respuesta afirmativa fundada en estas razones. (1) Efectivamente, transcurrido ese período de diez años, todas las vacantes que se produzcan el primer ciclo de la ESO y los nuevos puestos que en él sean creados deben ser cubiertos por Profesores de Enseñanza Secundaria. (2) Sin embargo, el esquema de distribución de la LOGSE entre los Cuerpos de Maestros y de Profesores de Enseñanza Secundaria opera, por lo que hace a la ESO, sólo en cuanto a la impartición de las áreas de conocimiento correspondientes a esta etapa. (3) Como consecuencia de lo anterior, los puestos de trabajo asignados en la ESO a funcionarios del Cuerpo de Maestros de la Especialidad de Pedagogía Terapéutica no atentan al anterior esquema porque tienen asignados cometidos distintos.

La sentencia de Murcia termina con estas dos precisiones. Por un lado, observa que no puede confundirse, como hace el recurrente, la enseñanza de las áreas de conocimiento de la ESO con las funciones que deben ser desarrolladas por los Maestros de la especialidad mencionada en los Departamentos de Orientación de los Institutos de Educación Secundaria. Por el otro, dice que tampoco cabe reconocer capacitación para estas funciones a los Profesores de Enseñanza Secundaria con la Especialidad de Psicología y Pedagogía porque, como pone de manifiesto la antes mencionada Resolución de 29 de abril de 1996, son distintas las responsabilidades específicas que uno y otro cuerpo funcional

tienen atribuidas dentro de esos Departamentos de Orientación.

**TERCERO.-** El recurso de casación de don Casimiro dirige contra esta sentencia cuatro motivos de casación que expresamente ampara en la *letra d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*.

El desarrollo que hace de ellos viene a ser una reproducción del litigio planteado ante la Sala de Murcia y no precisa con la debida claridad cuáles son las concretas infracciones que pretenden denunciar, lo que supone no tener en cuenta debidamente la naturaleza y el significado del recurso de casación.

Este, como tantas veces ha sido declarado, no es una nueva instancia que permita al Tribunal Supremo examinar en su totalidad la controversia, sino un remedio extraordinario que tiene por objeto directo la sentencia recurrida y cuya finalidad, cuando se sigue ese cauce de la *letra d) de artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*, es decidir si la solución adoptada en el fallo recurrido incurre en determinadas infracciones normativas o jurisprudenciales que, además, deben ser concretamente delimitadas en el escrito de interposición.

No obstante lo anterior, una lectura del escrito de interposición en los términos más favorables a su admisibilidad y, con ello, al derecho a la tutela judicial efectiva, permite apreciar que los reproches dirigidos a la sentencia recurrida pueden ser reconducidos a determinados *preceptos de la LOGSE que, en cada uno de los motivos de casación, son los que se expresan seguidamente.*

1º) El primer motivo imputa a la Sala de Murcia interpretar de forma parcial y restrictiva la *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE lo que, en el criterio de la parte recurrente, sería contrario a las ideas y finalidades presentes en su exposición de motivos y en muchos de sus preceptos. Critica, en concreto, por lo que hace al reparto de funciones entre los Cuerpos de Maestros y de Profesores de Enseñanza Secundaria dispuesto por la LOGSE, que la sentencia de instancia lo circunscriba a la estricta actividad de impartir las áreas de conocimiento de la ESO y, consiguientemente, acepte que, tratándose de Maestros con la especialidad de Pedagogía Terapéutica, no opere para ellos ese reparto ni las limitaciones y condicionamientos que establece esa *disposición transitoria cuarta* para la permanencia de los funcionarios del Cuerpo de Maestros en el primer ciclo de la ESO.

La razón que el recurso esgrime contra esa solución viene a ser ésta: la finalidad integradora de los alumnos con necesidades especiales perseguida por la LOGSE que quiere insertarlos sin diferencias de ningún género con los demás alumnos, aunque con los apoyos que necesiten, en todas las actividades educativas que han de ser desarrolladas en el nivel de la ESO para alcanzar las finalidades previstas en el *artículo 18*. Y la conclusión que intenta extraer de lo anterior es que la voluntad de la LOGSE de atribuir el nivel de la Educación Secundaria al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria no sólo rige en la enseñanza de las áreas de conocimiento, sino también en todas las actividades educativas que deban ser desarrolladas en dicho nivel incluidas las actividades especializadas de apoyo que deban recibir los alumnos con necesidades especiales.

2º) El reproche central que hace el segundo motivo a la sentencia recurrida consiste en que no ha tenido en cuenta que los funcionarios del Cuerpo de Maestros tienen limitadas sus funciones profesionales a los niveles de enseñanza correspondientes de la Educación Infantil y la Educación Primaria. Señala que así lo establece la *disposición adicional décima* de la LOGSE y que esta prescripción no incluye ninguna clase de excepciones. No las incluye para determinadas actividades educativas (como pueden ser las de apoyo de que se viene hablando), ni tampoco para determinadas especialidades del Cuerpo de Maestros (como puede ser de Pedagogía Terapéutica).

Dice también que así lo viene a subrayar la *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE porque, en lo que hace a la condicionada y limitada permanencia que permite en el nivel de ESO a los funcionarios del Cuerpo de Maestros, la refiere en exclusiva a su primer ciclo.

Y viene a añadir, asimismo, que el *artículo 37 de la LOGSE*, cuando habla de profesores de las especialidades correspondientes, no permite entender que, en cuanto a la atención de alumnos con necesidades educativas especiales, se prescinda de los dos cuerpos de funcionarios de que se viene hablando y de los niveles educativos que cada uno de ellos tiene asignado; porque lo que viene a destacar este precepto es --según el recurso-- la necesidad de especialidades en este campo, pero que habrán de existir dentro de cada uno de los diferenciados cuerpos que tienen asignados los distintos niveles de enseñanza.

3º) El tercer motivo denuncia el desconocimiento del carácter vinculante de las bases de los

concursos y señala al respecto que la Orden de 15 de octubre de 2001, que convoca el concurso de traslados, indica que las vacantes son las correspondientes al primer ciclo de la ESO.

4º) El cuarto motivo no concreta infracciones. Se limita a exponer la existencia de criterios jurisdiccionales contradictorios sobre cuál debe ser el nivel educativo en el que deben quedar encuadrados los funcionarios del Cuerpo de Maestros que desarrollan su cometido con alumnos con necesidades educativas especiales. Y solicita que esta Sala, en relación a los Maestros de la especialidad de Pedagogía Terapéutica haga una declaración interpretativa de la *disposición transitoria cuarta* y del *artículo 36.1 de la LOGSE*.

**CUARTO.-** Lo que suscitan todos esos motivos de casación es, principalmente, el alcance que debe darse a la *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE y, tras lo anterior, si de la interpretación que de ella ha de mantenerse deriva necesariamente la nulidad de las Órdenes recurridas.

Para resolver esta cuestión, es menester transcribir, en primer lugar, lo que establece esa *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE. Dice así:

*"1. Los actuales profesores de educación General Básica integrados en esta Ley en el cuerpo de Maestros, que pasen a prestar servicios en el primer ciclo de la educación secundaria obligatoria, podrán continuar en dicho ciclo indefinidamente. En el supuesto de que éstos accedieran al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, conforme a lo previsto en la disposición adicional decimosexta, podrán permanecer en su mismo destino en los términos que se establezcan.*

*2. Durante los primeros diez años de vigencia de la presente ley, las vacantes de primer ciclo educación secundaria obligatoria continuarán ofreciéndose a los funcionarios del cuerpo de Maestros con los requisitos de especialización que se establezcan.*

*3. Finalizado el plazo a que se refiere el párrafo anterior, los funcionarios del cuerpo de Maestros que estén impartiendo el primer ciclo de la educación secundaria obligatoria, podrán continuar trasladándose a las plazas vacantes de los niveles de educación infantil y educación primaria. Para permitir la movilidad de estos profesores en el primer ciclo de la educación secundaria obligatoria, así como el ejercicio de la docencia en este ciclo de los actuales profesores de educación general básica y por aquellos que accedan al Cuerpo de Maestros en virtud de lo establecido en el apartado 4 de esta disposición, se reservará un porcentaje suficiente de las vacantes que se produzcan en este ciclo.*

*4. Hasta 1996, las vacantes resultantes del concurso de traslados en el primer ciclo de la educación secundaria obligatoria se incluirán en la oferta de empleo público para el ingreso en el cuerpo de Maestros".*

Pues bien, entiende la Sala que el texto transcrito, interpretado conjuntamente con el *artículo 24* y con la *disposición adicional décima*, también de la LOGSE, conduce, como ya señaló en su sentencia de 28 de junio de 2006 (casación 5662/2000), a lo que sigue:

A) En la LOGSE, ciertamente, se configura un nuevo sistema, pero se incluye también el claro propósito de establecer unos períodos de tránsito hasta la implantación de ese nuevo sistema. Períodos en los que se ha de respetar el derecho que tenían adquirido los antiguos Profesores de Educación General Básica, que ahora se integran en el nuevo cuerpo de Maestros, a continuar impartiendo las enseñanzas que desde la LOGSE constituirán el primer ciclo de la ESO.

Su *artículo 24* y su *disposición adicional décima* contienen las regulaciones referidas al nuevo sistema, y su *disposición transitoria cuarta* se ocupa de esa fase de transición que acaba de apuntarse.

B) El *artículo 24* incluye los requisitos de titulación que se establecen en el nuevo sistema para los profesores que vayan a impartir la ESO y la *disposición adicional décima* estructura los nuevos cuerpos docentes de ese nuevo sistema y define en qué términos se integrarán en ellos los funcionarios de los cuerpos anteriores. Pero una y otra norma deben entenderse de acuerdo con lo que se dice sobre ese período de tránsito en la *disposición transitoria cuarta*.

C) La *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE, en su *apartado 1*, establece la continuidad indefinida dentro del primer ciclo de la ESO de los Maestros que, como consecuencia de su aplicación, pasen a prestar servicio en él. En sus apartados siguientes regula como se cubrirán las vacantes de profesores que en el futuro se produzcan en ese mismo primer ciclo y lo hace diferenciando a este respecto dos espacios sucesivos de tiempo: durante los primeros diez años dispone que se ofrecerán esas vacantes

al Cuerpo de Maestros "con los requisitos de especialización que se establezcan" (apartado 2); y finalizado ese plazo, declara que habrá para ellos la reserva de un porcentaje suficiente de las vacantes que se produzcan.

**QUINTO.-** Como resulta de lo anterior, se reconoce a los funcionarios del Cuerpo de Maestros que hayan pasado a desempeñar su cometido profesional en el primer ciclo de la ESO el derecho a "continuar en dicho ciclo indefinidamente", y lo que se hace es distinguir dos períodos cronológicos sucesivos en lo que se refiere a las plazas sobre las que se podrá ejercitar ese derecho. Uno primero, durante los primeros diez años de vigencia de la LOGSE, en el que los puestos docentes de ese primer ciclo de la ESO se siguen ofreciendo a los integrantes del Cuerpo de Maestros. Y uno segundo, finalizado el plazo anterior, en el que ya se atribuyen tales plazas a los Profesores de Enseñanza Secundaria pero permitiendo, también, que en ese primer ciclo de la ESO continúen indefinidamente los funcionarios del Cuerpo de Maestros que ya lo impartían, ofreciéndoles, incluso, la movilidad a otras plazas del mismo ciclo y reservándoles para ello "un porcentaje suficiente de las vacantes que se produzcan en este ciclo".

La previsión para este segundo período, establecida en el *apartado 3 de la disposición transitoria cuarta* de la LOGSE, merece unas consideraciones especiales porque, precisamente, la determinación de su alcance constituye el dato principal para decidir lo que el recurrente suscita en la actual casación.

En primer lugar, debe decirse que en dicho apartado 3 está claramente proclamado el propósito de que, durante el espacio temporal que en él se contempla (el que comienza una vez finalizados los primeros diez años de vigencia de la LOGSE), podrán aspirar a las plazas del primer ciclo de la ESO estos dos colectivos: los Profesores de Enseñanza Secundaria y los funcionarios del Cuerpo de Maestros que ya estuvieran desempeñando plazas de ese primer ciclo. No todos los Maestros, por tanto, sino sólo los que ya ocupen tales plazas.

En segundo lugar es preciso destacar que ese propósito encierra, también, la clara voluntad de que tales miembros del Cuerpo de Maestros dispongan con normalidad de la movilidad que es inherente a su estatuto funcional. Esto es, se viene a establecer que las plazas de ese primer ciclo de la ESO son para ellos normales destinos sobre los que podrán ejercitar su derecho funcional a trasladarse.

A continuación, hemos de señalar en tercer lugar, que esa reserva de "un porcentaje suficiente de las vacantes que se produzcan en este ciclo" es una consecuencia obligada de la concurrencia de los dos colectivos funcionariales dispuesta respecto de las plazas de que se viene hablando, y su verdadero alcance es que a uno y otro colectivo se les debe permitir similares posibilidades de acceso sobre las plazas vacantes que existan en el primer ciclo de la ESO.

Por último, debe subrayarse que esas plazas vacantes que habrán de ser objeto de reserva serán las existentes cualquiera que sea la causa que las haya determinado, es decir, bien sean debidas a su nueva creación o bien al cambio de situación de su anterior titular (traslado, jubilación o excedencia). Y que el límite porcentual dispuesto para la reserva tiene por objeto que el número de plazas asignado a cada uno de los dos colectivos sea proporcional al de sus componentes que pueden aspirar a ellas.

**SEXTO.-** Cuanto acabamos de decir lleva a rechazar la tesis principal del recurrente según la cual, después del vencimiento de los primeros diez años de vigencia de la LOGSE, no pueden crearse en los Institutos de Enseñanza Secundaria puestos para el Cuerpo de Maestros del mismo modo que explica la presencia de los Maestros en el Departamento de Orientación de los Institutos de Educación Secundaria que prevé el *artículo 41 de su Reglamento Orgánico*. Este precepto parece perseguir que en dicho órgano estén representados todos los cuerpos docentes que presten funciones en el Instituto y, para ello, tiene en cuenta que, aunque no necesariamente, sí podrá haber eventualmente Maestros en virtud de lo establecido en la tan repetida *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE. Para tal supuesto prescribe que también tales funcionarios formen parte del órgano de coordinación. La expresión "en su caso" así lo da a entender.

Y lo que resulta, finalmente, de todo lo que antecede es cuanto sigue:

a) Tiene razón el recurrente cuando defiende que, en el sistema de la LOGSE, la atribución de diferentes niveles educativos a los Cuerpos de Maestros y de Profesores de Enseñanza Secundaria significa que cada uno de esos Cuerpos en sus respectivos niveles tienen atribuidas la totalidad de las actividades educativas y no sólo la enseñanza de las áreas de conocimiento correspondientes a esos niveles.

b) También la tiene, como consecuencia de lo anterior, cuando sugiere que las especialidades de cada uno de esos dos cuerpos docentes operarán en los niveles educativos que tienen atribuidos; y,

paralelamente, en lo que también sostiene sobre que, en el nuevo sistema de la LOGSE, los Maestros de la especialidad de Pedagogía Terapéutica no pueden ser considerados, en principio y como regla general, como profesionales especializados encargados de determinadas actividades, distintas de la estricta enseñanza de las áreas de conocimiento (como pueden ser las de apoyo a los alumnos con necesidades educativas especiales), que deban ser realizadas en el nivel de la Educación Secundaria.

c) Sin embargo, como ya se ha avanzado, no puede compartirse la tesis del recurrente de que, después de esos primeros diez años de vigencia de la LOGSE, no puedan existir en los Institutos de Educación Secundaria puestos para funcionarios del Cuerpo de Maestros. Los podrá haber y, también, para los Maestros de la especialidad de Pedagogía Terapéutica, pero con estas salvedades: a esos puestos sólo podrán aspirar quienes se hallen en la situación de la *disposición transitoria cuarta* de la LOGSE y las funciones propias de esas especialidades estarán limitadas únicamente a los alumnos del primer ciclo de la ESO.

**SÉPTIMO.-** Los razonamientos que se han venido haciendo determinan que, aunque sean de compartir buena parte de los argumentos del Sr. Casimiro, ello no conduce a la estimación del recurso de casación.

Esta Sala reiteradamente viene declarando el efecto útil que corresponde a esta clase de recurso, lo que significa que sólo puede ser estimado cuando las infracciones que en él hayan sido denunciadas impongan necesariamente modificar el fallo de la sentencia recurrida.

Y esto último no ocurre en el presente caso porque la existencia de esas plazas reservadas a Maestros en los actos administrativos que han sido objeto de impugnación no puede ser considerada contraria a Derecho.

Pero debe completarse todo lo anterior puntualizando que es cuestión diferente a la que ha sido abordada en la presente casación esta otra: si el número de esas plazas cuya creación se combate ha respetado debidamente el límite porcentual que dispone el *punto 3 de la disposición transitoria cuarta* de la LOGSE para que tenga lugar la reserva que en él se establece. Y debe declararse, asimismo, que la que acaba de enunciarse es una cuestión sobre la que este Tribunal Supremo no puede pronunciarse por exceder de lo que ha sido el planteamiento de la actual casación que, como ya se ha dicho, es un recurso extraordinario y no una nueva instancia que permita examinar en su totalidad la controversia que fue suscitada ante la Sala de Murcia.

**OCTAVO.-** Pese a que no pueda prosperar el recurso de casación, según se acaba de decir, los argumentos razonables que le asisten, justifican que, de conformidad con el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*, no hagamos imposición de costas.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

## **FALLAMOS**

Que no ha lugar al recurso de casación nº 3823/2006, interpuesto por don Casimiro contra la sentencia nº 133, dictada el 18 de marzo de 2005, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y recaída en el recurso 95/2002 y no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.