



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 4 / 1 9 9 8

La Laguna, a 3 de julio de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio de nombramientos a favor de A.C.P.S. (EXP. 25/1998 RO)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

Se emite el presente Dictamen a solicitud del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, legitimado para recabarlo conforme a lo prevenido en los artículos 11.1 y 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), en relación con lo dispuesto en el art. 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La competencia del titular de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, del que emana la propuesta de resolución sometida a la consideración de este Consejo y elaborada en el procedimiento de revisión de oficio de nombramientos a favor de A.C.P.S. incoado al efecto, para dictar la resolución que se pretende, así como la forma de Orden Departamental que ha de revestir, resultan de lo establecido en el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias (LRJAPC) y por el art. 42, en relación con el art. 37, ambos de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGAPC).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 10.6 LCC y 102.1 LPAC, el Dictamen interesado es de naturaleza preceptiva y además es habilitante de la revisión de

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

oficio pretendida, de modo que sólo si es favorable a la misma se podrá declarar la nulidad de pleno derecho de los actos que se encuentran afectados por algunas de las causas enumeradas en el art. 62.1 LPAC.

## II

1. El objeto de este Dictamen se concreta en la propuesta de resolución por la que se pretende revisar de oficio las resoluciones dictadas con fecha 16 de septiembre y 1 de octubre de 1997 por la Dirección Territorial de Educación de Santa Cruz de Tenerife, en virtud de las que se nombró a A.C.P.S. profesora sustituta en el I.E.S. de Puntagorda, en La Palma; revisión que se fundamenta en el art. 62.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), pues mediante los actos a revisar no sólo son "contrarios al Ordenamiento jurídico" sino porque por los mismos "se adquieren facultades o derechos" careciéndose de "los requisitos esenciales para su adquisición".

2. Los hechos en los que pretende asentarse la PR son los siguientes, según resulta de las actuaciones que acompañaban a la solicitud de dictamen:

2.1. La interesada fue nombrada durante el Curso 1996/1997 por necesidades de servicio en el Centro docente de referencia, desde el 1 de octubre de 1996 hasta del 31 de agosto de 1997, siendo prorrogado el nombramiento hasta el 15 de septiembre de 1997, para ser nombrada de nuevo (16 de septiembre de 1997), a la finalización, desde el 16 de septiembre de 1997 hasta el 26 de septiembre de 1997. Fue por último nombrada por el procedimiento de adjudicación de destinos provisionales y por necesidades de servicio, con efectos económicos y administrativos desde el 1 de octubre de 1997, para el Curso 1997/1998.

2.2. Consta asimismo que la interesada ingresó el 9 de septiembre de 1997 en el Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario de Canarias, dando a luz el 10 de septiembre de 1997, fecha a partir de la cual se encontraba en situación de baja maternal obrando en las actuaciones el correspondiente parte de baja.

3. Marginando cuestiones incidentales que deben ser resueltas en otra sede, los datos ciertos son que en las fechas en que la interesada fue nombrada sustituta (por

Resoluciones de 16 de septiembre de 1997 y 1 de octubre de 1997) legalmente se encontraba en situación de baja maternal.

Los efectos de esta situación en la relación jurídica laboral están legalmente previstos, tanto para los empleados públicos como de régimen privado (art. 30.1.3 LMRFP; art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores). En ambos casos, sin embargo, la regulación es similar. El permiso o la suspensión del contrato de trabajo tiene una duración de "16 semanas ininterrumpidas", distribuyéndose a opción de la interesada "siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto". La Ley también dispone de una segunda opción; que al iniciarse el permiso de maternidad (es decir, el 10 de septiembre de 1997) la madre hubiera optado "porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sea ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud".

De esta regulación, resulta: a) Que, con carácter general, el permiso de maternidad es ininterrumpido, bien sea que el permiso de disfrute tras el parto o antes y después del parto y en este segundo caso siempre que 6 semanas se disfruten inmediatamente después del parto; b) Partiendo de este segundo supuesto, y si se diera la circunstancia prevista en el art. 30.3, segundo párrafo LMRFP, es decir, que el padre y la madre trabajen, la madre podrá optar al comienzo del período del permiso de maternidad porque el padre disfrute de las últimas cuatro semanas de permiso. Por lo que en esta eventualidad, de darse los requisitos y haberse interesado, la madre después del parto deberá disfrutar aún de dos semanas de permiso.

Este permiso se otorga en beneficio de la salud de la madre y es, con carácter general, indisponible por las partes, de forma que sería nulo el pacto o reglamento contrario a la previsión legal, que si bien admite excepciones -que en realidad son matizaciones al ejercicio del derecho-, éstas son las que se desprenden de la ley y sólo ellas, no siendo lícita su ampliación por vía contractual haya sido o no formalizada la misma. Incluso en una de estas matizaciones -que sea el padre el que disfrute las últimas 4 semanas de permiso- se condicione a que la "incorporación al trabajo de la madre [no] suponga riesgo para la salud". Y, desde luego, con estas medidas protectoras no se lesiona o vulnera el derecho al trabajo; al contrario, la maternidad es -según que nos movamos en el ámbito estatutario o laboral- una

situación de 'permiso debido' o de 'suspensión del contrato de trabajo', por lo que ninguna vulneración se produce por el hecho de que la Ley regule el disfrute de la baja por maternidad. No hay derechos ilimitados y el ejercicio de los reconocidos se efectuará de conformidad con o que disponga la Ley y no a pesar de ella o en contra de lo que la misma disponga, máxime cuando se trata de derechos económicos y sociales (como los derechos al trabajo, o a la salud).

4. Siendo ésta la regla general del ejercicio y disfrute de la baja maternal, ha de significarse que en el ámbito educativo existen normas y pactos singulares, que pudieran tener alguna incidencia en esta cuestión que estamos considerando, pues tanto la LMRFP (art. 1.2) como la Ley canaria de la Función Pública (art. 2.2) permiten la aprobación de normas específicas para adecuar la aplicación de la Ley al personal, entre otros, docente. Y, precisamente, mediante Resolución de 8 de mayo de 1997 se reguló el procedimiento de cobertura de sustituciones en Centros Públicos para el Curso 97/98 mediante el nombramiento de profesor interino de sustitución para la provisión temporal de puestos de trabajo docentes y la cobertura de la bajas y ausencias del profesorado titular. Norma que había sido precedida del Pacto de Estabilidad suscrito entre la Consejería y los Sindicatos, de 30 de junio de 1993; y por el Preacuerdo firmado por la Consejería de Educación y las Organizaciones Sindicales, de 8 de febrero de 1994, "por el que se desarrolla el Pacto de Estabilidad suscrito con fecha 30 de junio de 1993".

La cuestión revisora suscitada se resuelve desde la estricta óptica legal, pues si la interesada estaba de baja por incapacidad temporal derivada de maternidad, es evidente que no podía ser contratada en tanto perdurara la mencionada situación.

La Propuesta de Resolución se fundamenta, esencialmente, en la Resolución, concretada en este punto por el Pacto y Preacuerdo citados. Se analizará el contenido de la Resolución sin que sea menester acudir al contenido de los señalados Pacto y Preacuerdo, pues la misma da suficientes elementos de juicio para poder llegar a una solución de fondo.

El régimen jurídico de las sustituciones que contempla en conexión con la situación de maternidad es el siguiente:

- Según su art. art. 16.1.d), "podrán conservar su número de orden [de las listas definitivas de aspirantes admitidos] aquellos integrantes de las listas que al menos

con un día de antelación al nombramiento como funcionario interino de sustitución comuniquen (...) su deseo de aplazar dicho nombramiento durante el curso 1997/98, por hallarse en alguna de las situaciones excepcionales que se contemplan a continuación: (...) d) Maternidad". Finalizada la situación que motivó el aplazamiento, tal circunstancia deberá ser comunicada a la Dirección General de Personal (art. 16.2). Si la situación excepcional continuara (art. 16.3) se deberá reiterar la solicitud de aplazamiento antes del 10 de septiembre de 1997, de forma que en caso contrario se entenderá su disponibilidad para "realizar sustituciones en el Curso 1997/98".

- Los integrantes de las listas que "no soliciten el aplazamiento con anterioridad a la notificación de su nombramiento como funcionario interino de sustitución en las condiciones establecidas (...), quedarán excluidos de todas las listas en las que figuren inscritos (art. 17.1), no admitiéndose "su participación en ninguna convocatoria de apertura de listas para cubrir sustituciones durante el Curso 1997/98" (art. 17.3).

La potestad reglamentaria que se ejerce mediante la mencionada Resolución persigue ordenar el régimen de sustituciones del personal docente mediante el recurso a una lista, en la que el número de orden que otorga preferencia en el procedimiento de cobertura puede ser excepcionalmente 'suspendido' [es decir, no acudir al llamamiento de nombramiento debido al concurso de causa excepcional sin que por ello se pierda el número de orden], de conformidad con el procedimiento consignado en la mencionada Resolución, no recurrida por la interesada que, por cierto, en su escrito de alegaciones combate la constitucionalidad de la expresada disposición reglamentaria. Régimen que -al margen de la regulación legal ya referenciada- no fue seguido por la interesada, debiéndose consignar que tal Resolución en modo alguno incide en el derecho legal de baja por maternidad, sino que lo presupone. Se limita, simplemente, a ordenar el orden de llamamiento a la cobertura de puestos de trabajo docentes con carácter temporal, sin perjuicio de que ese orden pueda ser interferido -sin perjuicio del número de orden, lo que no es sino una garantía del derecho al trabajo de la mujer que ha dado luz- a causa de la maternidad, de forma que finalizada ésta la trabajadora mantiene las mismas expectativas de llamamiento que antes de la baja. La ordenación reglamentaria es, desde este punto de vista, constitucionalmente irreprochable.

Consecuentemente, el día antes (15 de septiembre de 1997) del primer nombramiento (16 de septiembre de 1997) la interesada tenía que haber manifestado que 'se hallaba' en situación de 'baja maternal' (que había comenzado el 10 de septiembre de 1997), con los efectos antes descritos [art. 16.1.d)]. Como no lo hizo así, los efectos son otros (art. 17.1).

Nótese que la Resolución lo que dice es que en el momento del nombramiento - un día antes- la interesada manifieste "hallarse en" situación de maternidad, por lo que en el momento del nombramiento podrían darse las siguientes situaciones: a) Expectativa de próximo alumbramiento [la funcionaria es nombrada, puede tomar posesión y tras dar a luz pasará a situación de baja, finalizada la cual se incorporará a su puesto]; b) Situación de maternidad con acogimiento al régimen previsto en el art. 16 de la citada Resolución [es decir, conservación del número de orden y, por ello, aplazamiento de su nombramiento]; c) Situación de maternidad sin acogimiento al mencionado régimen [exclusión de las listas].

5. El objeto del Dictamen es la revisión de ciertos actos de la Administración educativa adoptados en aplicación y en el contexto de la ordenación del régimen de sustituciones de profesores en Centros públicos. Puede que al amparo de los actos presuntamente ilegales, o a consecuencia de los mismos, haya habido alguna incidencia en el régimen de prestaciones de la Seguridad Social. Tal extremo se debería depurar en todos sus aspectos una vez y de conformidad con lo resuelto en el presente procedimiento revisor, aunque, en puridad, no alcanza al mismo, pues en este procedimiento no se trata de depurar la exacta situación de la interesada ante la Seguridad Social sino de determinar su situación administrativa a la vista de la legalidad aplicable en la que, según el Departamento de adscripción funcional de la interesada, no se encuentra amparada la situación de la afectada. Máxime cuando, según se desprende de las actuaciones, al parecer hubo manipulación de un documento sustancial a los efectos de determinar el inicio del cómputo de las prestaciones, como es el parte de baja por maternidad. Falsificación negada en cuanto a su autoría por la reclamante y que -precisamente, por su conexión circunstancial y no determinante del expediente revisor- no ha tenido acomodo en la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente incoado.

Respecto de esta cuestión se significa que: a) en el momento del comienzo de la baja (10 de septiembre de 1997) existía contrato en vigor entre la interesada y la

Consejería de Educación [contrato para el período 1 de octubre de 1996/ 31 de agosto de 1997, con prórroga hasta el 15 de septiembre de 1997], b) el primer parte de baja, en el que figura la expresión de "anulado" es de 1 de octubre de 1997 [al estar de alta hasta esta fecha, la interesada cobraría sus retribuciones y ninguna prestación por maternidad]; c) el nuevo parte de baja es de 10 de septiembre de 1997 [lo que implica que, entonces, ha debido percibir la prestación económica por maternidad].

Se desconoce cuando fue anulado el primer parte de baja y si en algún momento ha habido duplicidad de retribuciones y prestaciones. Todo ello habría de ser dilucidado en expediente aparte y no tiene necesariamente que tener efectos en el expediente revisor cuya Propuesta de Resolución ahora se dictamina. Al contrario, la revisión acordada determinará los efectos que se derivarían en el régimen de prestaciones percibidas o dejadas de percibir por la interesada.

## C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución dictaminada.