



Dictamen nº 126/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Educación, Formación Profesional y Empleo (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 29 de diciembre de 2023 (COMINTER 314795), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por daños debidos a la exclusión en procedimiento de selección (exp.2024_04) aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de abril de 2022, D.ª X presenta, a través de representante, reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de su indebida exclusión de las listas de aspirantes a nombramientos como profesores técnicos de Formación Profesional interinos.

Relata la interesada que participó en el procedimiento selectivo convocado por Orden de 25 de enero de 2021, de la Consejería de Educación y Cultura, para el ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores de Artes Plásticas y Diseño, a celebrar en el año 2021, y la elaboración de la lista de interinos para el curso 2021-2022.

La interesada participó en la especialidad de Servicios de Restauración, del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional. No superó la primera prueba, pero, en atención a las bases que regían el procedimiento selectivo, tenía derecho a integrarse en la lista de aspirantes que cumplían los requisitos del artículo 99 de la Orden de 12 de febrero de 2019, para la ordenación de las listas de interinidad para el curso 2021-2022.

Si bien la interesada fue incluida en la lista provisional de aspirantes, no lo fue, de manera indebida, en la definitiva, publicada el 29 de julio de 2021, por lo que presentó el oportuno recurso de alzada el 17 de agosto de 2021, que fue estimado por Orden de 1 de marzo de 2022, declarando el derecho de la interesada a ser incluida en la lista del Cuerpo de Profesores de Formación Profesional, en la especialidad Servicios de Restauración, con una puntuación de 2,0453 puntos.

Durante el tiempo en que estuvo indebidamente excluida de la lista, el 26 de octubre de 2021 se realizó llamamiento para cubrir una vacante de sustitución en el IES "Rey Carlos III", de Águilas, de la especialidad Servicios de Restauración, a jornada completa, a la que no pudo concurrir, siendo adjudicada a otra aspirante en posición inferior a la suya en el listado de aspirantes para la ordenación de listas de interinidad.

Entiende la reclamante que, de no habersele excluido injustamente de dicha lista de interinos, le habrían

correspondido a ella los llamamientos adjudicados a la otra aspirante, incluido uno de fecha 9 de marzo de 2022, en el CIFPPU de Hostelería y Turismo de Cartagena, también en régimen de jornada completa.

Manifiesta la Sra. X que, durante el tiempo de exclusión de la lista de interinos, ha trabajado para Cáritas y ha estado de baja por maternidad entre el 8 de diciembre de 2021 y el 29 de marzo de 2022.

Solicita ser indemnizada “*por los daños y perjuicios irrogados, cuantificados en los haberes y cotizaciones dejados de percibir con motivo de los nombramientos ofrecidos y suscritos por la aspirante con orden de prioridad inferior al mío, en el período de tiempo desde mi exclusión en el mes de agosto de 2022 hasta la fecha de inclusión de mi persona en la Lista de Interinos Definitiva del Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria y de Profesores Técnicos de Formación Profesional, de la especialidad de Servicios de Restauración*”. Del mismo modo, pretende “*el reconocimiento a efectos de méritos de la experiencia que me habría correspondido de haber podido acceder a los llamamientos a los que me he visto obligada a dejar de concurrir*”.

Adjunta a la reclamación diversa documentación relativa al procedimiento selectivo y a su recurso, copia de escritura de poder para pleitos y nómina, correspondiente al mes de mayo de 2021, abonada por Cáritas Diocesana.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de julio de 2022, se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

TERCERO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, se evaca el 14 de julio de 2022 por el Servicio de Personal Docente, en los siguientes términos:

“*1.- En virtud de la Orden de la Consejera de Educación de 1 de marzo de 2022 estimativa del recurso de alzada presentado por Dª. X contra la Resolución de 29 de julio de 2021, se ha procedido a incluir al [sic] recurrente en las listas definitivas de interinos en la especialidad de Servicios de Restauración del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, con una puntuación de 2,0453 puntos y número de lista 2100000095 del Bloque II de las citadas listas.*

2.- De haber estado incluida en las listas definitivas de interinos para el curso 2021-2022, en la especialidad de Servicios de Restauración del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, publicadas por Resolución de 29 de julio de 2021, habría sido adjudicada en una vacante de sustitución a jornada completa en el IES Rey Carlos III de Águilas desde el 28/10/2021 al 01/03/2022. Asimismo, le hubiera correspondido un nombramiento en concepto de vacaciones no disfrutadas, desde el 01/07/2022 al 12/07/2022 a jornada completa, correspondiente a su nombramiento en el IES Rey Carlos III de Águilas.

3.- Según los datos que obran en este Servicio de Personal Docente, Dª X, una vez incluida en la lista definitiva de interinos de la especialidad de Servicios de Restauración, fue convocada al acto de adjudicación del día 9 de marzo de 2022, no participando en el mismo por lo que fue excluida provisionalmente.

Dª X solicitó en plazo la renuncia justificada a su no participación en el acto de adjudicación del día 9 de marzo. Mediante resolución de fecha 10 de marzo de 2022 se le consideró justificada su renuncia a la no participación en los actos de adjudicaciones telemáticos hasta el 30/06/2022.

Dª X no solicitó estar de nuevo disponible para pedir en los actos de adjudicación, por lo que no fue de nuevo convocada a los actos de adjudicación telemáticos que se celebraron hasta la finalización del curso 2021-2022.

Por consiguiente, únicamente le hubiera correspondido el nombramiento a jornada completa en el IES Rey Carlos III de Águilas, y el nombramiento del período de vacaciones correspondiente.

4.- El importe de las retribuciones que hubiera percibido de haber ocupado la plaza a jornada completa en el IES Rey Carlos III de Águilas, del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, en el periodo comprendido entre el 28/10/2021 al 01/03/2022, es de 11.958,34 euros íntegros, y en concepto de vacaciones desde el 01/07/2022 al 12/07/2022, es de 1.127,20 euros íntegros. Siendo el total de las retribuciones de 13.085,54 euros íntegros".

CUARTO.- Con fecha 8 de agosto de 2022 se confiere trámite de audiencia a la interesada, quien presenta escrito de alegaciones para reafirmarse en lo expuesto en el escrito de reclamación.

QUINTO.- El 15 de septiembre de 2022 se requiere a la interesada para que aporte un informe de vida laboral y un certificado, expedido por el Servicio Público de Empleo Estatal, en el que consten las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo o cualquier otro tipo de subsidio, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 28 de octubre del 2021 y el 1 de marzo de 2022, ambos inclusive, y desde el 1 al 12 de julio de 2022, ambos inclusive.

SEXTO.- El 8 de marzo de 2023, se solicita al Servicio de Personal Docente nuevo informe sobre diversos aspectos de la gestión de la lista de interinos relacionados con la interesada, y la remisión de diversa documentación sobre su renuncia a participar en nuevos actos de adjudicación.

SÉPTIMO.- El 23 de marzo de 2023 el Servicio de Personal Docente evaca informe complementario sobre los llamamientos a los que fue convocada la interesada durante el año 2021 anteriores al de 27 de octubre, en los que no participó al tener contrato laboral en vigor con Cáritas Diocesana, lo que le permitía renunciar a dicha participación en los actos de adjudicación de plazas, sin ser excluida de la lista de interinos.

Se informa, asimismo, que su no participación en el acto de 9 de marzo de 2022 se debió a estar de baja por maternidad.

OCTAVO.- El 13 de abril de 2023 se requiere a la interesada para que presente nueva documentación. Aporta dos certificados:

- El expedido por la Escuela de Hostelería "Eh!", según el cual la Sra. X ha sido trabajadora de dicha entidad, desde 01/07/2021 al 16/09/2022, tiempo durante el que ha prestado sus servicios a tiempo parcial (14 horas semanales).

Se indica, asimismo, que la trabajadora se encontraba en situación de riesgo durante el embarazo desde el 20/09/2021 hasta el 07/12/2021 y que disfrutó del permiso por maternidad desde el 08/12/2021 hasta el 29/03/2022.

- El que expide Cáritas Diocesana, con el siguiente tenor literal:

"... ha sido trabajadora de esta entidad, desde 30/12/2019 al 16/09/2022. Que, en el periodo comprendido entre el 01/07/2021 y el 16/09/2022, la trabajadora ha prestado sus servicios a tiempo parcial (25 horas semanales) en la Escuela de Hostelería "Eh!" Ubicada en Murcia, con jornada laboral de lunes a viernes en horario de 09:00 a 14:00 horas o de 16:00 a 21:00 horas (turno rotativo), con los descansos y librazas establecidos por la ley. Que la trabajadora se encontraba en situación de Riesgo durante el embarazo desde el 20/09/2021 hasta el 07/12/2021. Que la trabajadora disfrutó del permiso por maternidad desde el 08/12/2021 hasta el 29/03/2022".

Asimismo, aporta la reclamante documentación acreditativa del cobro de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

NOVENO.- Por la instrucción se requiere al Servicio de Personal Docente para que, a la luz de la documentación

aportada por la interesada, y teniendo en cuenta los períodos de baja derivada de situación de riesgo durante el embarazo y el permiso de maternidad, indique la cantidad que le hubiese correspondido percibir en el caso de haber ocupado la plaza a jornada completa en el IES Rey Carlos III de Águilas, desde el 28/10/2021 al 01/03/2022 y en concepto de vacaciones no disfrutadas, desde el 01/07/2022 al 12/07/2022.

DÉCIMO.- Con fecha 22 de mayo de 2023 se evaca informe complementario del Servicio de Personal Docente:

"Dª X podría haber participado en el acto de adjudicación del día 27/10/2021, pero no habría sido adjudicada en ninguna plaza por estar en situación de Incapacidad Temporal (por riesgo de embarazo) desde el 29/09/2021 al 07/12/2021, por lo que no habría percibido ninguna retribución."

No obstante, podrían haberse producido dos situaciones:

1.- Que Dª X no hubiera participado en el acto de adjudicación del día 27/10/2021 por estar en situación de Incapacidad Temporal. En este caso no hubiera sido excluida de la lista de interinos, al ser causa de renuncia justificada a la oferta de puestos de trabajo prevista en el artículo 22.a) de la Orden de 29 de junio de 2021, por la que se establecen procedimientos en materia de recursos humanos para el curso 2021-2022.

2.- Que la interesada, a pesar de estar en situación de Incapacidad Temporal, hubiera participado en el acto de adjudicación del día 27/10/2021, y se le hubiera adjudicado una plaza. En este supuesto se hubiera anulado dicho nombramiento por estar en situación de Incapacidad Temporal, pero hubiera permanecido en lista de interinos por considerarse causa de renuncia justificada al puesto adjudicado prevista en el artículo 26) de la Orden de 29 de junio de 2021, por la que se establecen procedimientos en materia de recursos humanos para el curso 2021-2022.

Teniendo en cuenta que Dª X, desde el 08/12/2022 hasta el 29/03/2022, se encontraba disfrutando del permiso por maternidad, podría haber participado en el acto de adjudicación del día 17/02/2022 y obtener destino, teniendo en cuenta que solo las seis primeras semanas inmediatas posteriores al parto son en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas (artículo 49.a del RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre TREBEP).

Indicar que, una vez incluida la interesada en las listas definitivas de interinos con la puntuación correcta, fue convocada al acto de adjudicación del día 09/03/2022 y presentó renuncia justificada a su participación por encontrarse en situación de baja por maternidad.

Mediante Resolución de 10 de marzo de 2022 se consideró justificada su renuncia a participar en los actos de adjudicación que se celebraran hasta el 30/06/2022".

UNDÉCIMO.- El 20 de junio de 2023 se confiere nuevo trámite de audiencia a la interesada, quien solicita que se le facilite copia del último informe del Servicio de Personal Docente. No hay constancia en el expediente de que se diera traslado del documento interesado a la reclamante.

DUODÉCIMO.- El 22 de noviembre de 2023, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instructora que no concurren todos los elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular, porque aunque hubiera estado disponible en la lista de interinos en la fecha del llamamiento de 27 de octubre de 2021, sus circunstancias personales habrían determinado que no llegara a desempeñar efectivamente la vacante de sustitución que le habría correspondido en dicho llamamiento, por lo que no se le habría deparado perjuicio económico alguno.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen, mediante comunicación interior del pasado 29 de diciembre de 2023.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el artículo 81.2 LPAC.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I.-La legitimación para reclamar, cuando de daños patrimoniales se trata, recae primariamente en el titular de los derechos o bienes afectados por la actuación administrativa, que en este supuesto se identifican con los haberes económicos de los que, en la tesis actora, se vio privada por el anormal funcionamiento del servicio público de selección de personal. En este caso, ha quedado acreditado que la Sra. X tenía la condición de aspirante a la cobertura como funcionaria interina del puesto de trabajo ofertado en el acto de adjudicación del día 27 de octubre de 2021, y que, según manifiesta, se vio indebidamente privada del derecho a obtener un nombramiento como funcionaria interina del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad Servicios de Restauración, en el IES "Rey Carlos III" de Águilas. Por lo tanto, ha de reconocérsele la condición de interesada a los efectos previstos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La legitimación pasiva corresponde a la Consejería consultante, toda vez que el servicio a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable se integra en su estructura administrativa y le corresponde su titularidad.

II.-La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo anual que a tal efecto prevé el artículo 67.I de la LPAC, para los supuestos en que la acción se fundamente en la anulación en vía administrativa o contenciosa de un previo acto administrativo, lo que se llevó a efecto por Orden de 1 de marzo de 2022, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se estima el recurso de alzada interpuesto por la interesada contra la Resolución por la que se publicó la lista definitiva de aspirantes. Comoquiera que el escrito de reclamación se registra de entrada el día 25 de abril de 2022, es evidente que la reclamación debe considerarse temporánea.

III. Se ha seguido el procedimiento previsto en la LPAC para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin que se observen carencias esenciales, obrando en el expediente el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño (Servicio de Personal Docente) y el trámite de audiencia a la interesada, que, junto con la solicitud de este Dictamen, constituyen los trámites preceptivos de este tipo de procedimientos.

TERCERA.- De los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Inexistencia de daño antijurídico.

I. El ordenamiento jurídico español contempla un sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que encuentra su fundamento en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, y que se regula en los artículos 32 y siguientes LRJSP, en términos sustancialmente coincidentes, en lo que aquí concierne, al régimen establecido en la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina de los órganos consultivos dictados en interpretación de esta última resultan extensibles en esencia a la normativa hoy vigente.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP. De conformidad con lo que se establece en ese bloque normativo, en la constante jurisprudencia que lo interpreta y en la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas los

siguientes:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. No es dudoso que resultar excluida de una lista de aspirantes, en la que es necesario encontrarse incluida para poder aspirar a obtener un nombramiento como funcionaria interina, determina para la interesada la imposibilidad de alcanzar dicho nombramiento, lo que le impide desarrollar su labor profesional.

En estos supuestos de frustración de eventuales llamamientos de una lista de espera para prestar servicios en la Administración, el Consejo de Estado considera que la inclusión en la lista de aspirantes, o en un determinado número de orden de ésta, no determina por sí mismo la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un concreto puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, cuya frustración no puede considerarse indemnizable a los efectos de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración (entre otros, Dictámenes números 2.486 y 2.495, ambos del año 2003). Según este criterio, en tales supuestos las reclamaciones se basan en meras hipótesis carentes de la efectividad necesaria para poder indemnizar, pues se reclaman unos ingresos por servicios no efectivamente prestados por los interesados y respecto de los cuales no es posible determinar si hubiesen ocupado las plazas que, según su interpretación de los hechos, debían haberseles ofertado. De ahí que, siendo doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que las expectativas, desprovistas de certidumbre, no son indemnizables (por todas, STS, 3ª, de 18 de marzo de 2000, rec. 922/1996), se vengan rechazando pretensiones indemnizatorias como la ahora formulada. Así, también los Dictámenes evacuados en los expedientes 488/2004 y 1788/2005.

No obstante, sí admite el Alto Órgano Consultivo la indemnización de la frustración de determinadas situaciones interinas o derechos en fase de formación, que exceden de las meras expectativas, cuando las circunstancias concurrentes permiten rodear de verosimilitud o convicción al hecho de que fue precisamente la actuación administrativa, y no cualquier otra circunstancia o voluntad, la que privó al particular de alcanzar o consolidar la situación o el derecho, que sin la intervención administrativa se habría producido de forma muy probable o casi segura.

En este sentido, en el Dictamen 183/2015, el Consejo de Estado sostiene que “entre la posición que ostenta el titular de un derecho consolidado y la que corresponde a quien alberga simples expectativas existe una amplia variedad de posiciones intermedias entre las que se incluyen, por ejemplo, los conocidos en la doctrina clásica como “derechos potestativos” o “de formación jurídica” o las llamadas “situaciones interinas” que, frente a las situaciones definitivas creadas por derechos subjetivos plenamente desenvueltos, se configuran como situaciones provisionales en las que un sujeto es titular de un derecho incierto o en fase de formación que, no obstante, también es digno de protección jurídica.

Partiendo de este razonamiento, es preciso reconocer que la exclusión del proceso selectivo en el que intervino el Sr. ..., que vino motivada por una circunstancia ajena a su voluntad y no susceptible de ser controlada por él, le privó de la posibilidad verosímilmente admisible de quedar incluido en la lista definitiva de aprobados y de culminar el referido proceso de selección mediante su nombramiento y toma de posesión. A juicio del Consejo de Estado, esa pérdida de la oportunidad de culminar tal proceso ocasionó al Sr. ... un perjuicio real y efectivo que no tenía el deber jurídico de soportar y que, como tal, merece ser indemnizado”.

III. En el supuesto sometido a consulta, la interesada construye su reclamación sobre la premisa de que, de no haber sido indebidamente excluida de la lista de aspirantes, habría participado en el acto de adjudicación de

octubre, se le habría ofrecido la vacante por sustitución en el IES “Rey Carlos III” de Águilas, y habría desempeñado dicha plaza.

Sin embargo, según informa el Servicio de Personal Docente, a la fecha del llamamiento en que se ofertó esa vacante, el 27 de octubre de 2021, la interesada no habría participado en el acto de adjudicación y, en consecuencia, no se le habría asignado ninguna plaza, toda vez que se encontraba en incapacidad temporal por riesgo para el embarazo. Manifiesta, asimismo, que de haber resultado aquella adjudicataria de algún nombramiento, éste habría devenido ineficaz por su permanencia en incapacidad temporal. Consta en el expediente que dicha circunstancia se mantuvo entre el 29 de septiembre y el 7 de diciembre de 2021, dando a luz el 8 de diciembre y comenzando a partir de ese momento una baja por maternidad que se extendió hasta el 29 de marzo de 2022, lo que, a su vez, le permitió no presentarse al acto de adjudicación del 9 de marzo de 2022, sin resultar excluida de la lista.

De conformidad con los artículos 31 y siguientes del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el riesgo durante el embarazo se da cuando la trabajadora, debiendo cambiar de puesto de trabajo o de actividad por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.2 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, no resulte técnica u objetivamente posible dicho cambio o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En tales circunstancias, se acordará la suspensión del contrato de trabajo, pasando la beneficiaria a percibir una prestación correspondiente al cien por cien de su base reguladora, que será la equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal (IT) derivada de contingencias profesionales.

Así, las situaciones por riesgo durante el embarazo se producen cuando los agentes, condiciones o procedimientos del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la madre gestante o en la del feto, obligando a la empresa a adoptar medidas preventivas complementarias. El objetivo es garantizar que la mujer pueda seguir desempeñando su trabajo sin riesgo para ella o para el hijo que espera. Si no es posible, la alternativa es cambiarla temporalmente de puesto de trabajo a otro exento de riesgos para su embarazo. Sólo en el caso de que la empresa no pueda técnica u objetivamente cumplir estas condiciones, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo y la trabajadora percibirá una prestación económica por riesgo durante el embarazo.

Esta situación ha de diferenciarse de la IT por embarazo de riesgo, que se produce cuando son las propias condiciones de la madre, del feto o del embarazo en sí mismo considerado, las que ponen en riesgo el buen fin de la gestación, no las condiciones laborales. En este caso, la trabajadora no podrá solicitar la prestación por riesgo durante el embarazo, sino una prestación de incapacidad temporal por contingencia común.

Consta en el expediente que la interesada pasó a la situación de riesgo durante el embarazo, mientras prestaba sus servicios en una escuela de hostelería en la ciudad de Murcia y que se mantuvo en ella hasta el día anterior al del nacimiento. Por consiguiente, no estaba de baja por incapacidad temporal, como manifiesta el Servicio de Personal Docente en su informe, sino por riesgo durante el embarazo.

No comparte el Consejo Jurídico la interpretación del Servicio de Personal Docente en relación con la imposibilidad de adjudicar un puesto, por la sola razón de encontrarse la aspirante de baja por riesgo durante el embarazo. Para este Órgano Consultivo, dicha interpretación, que no descansa en un precepto que impida con carácter expreso dicha participación, podría incurrir en una discriminación por razón del embarazo o la maternidad, que es una especie de la más genérica discriminación por razón de sexo, en la medida en que las consecuencias perjudiciales que se derivan de esta circunstancia afectan de manera sustancial a las mujeres.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 64/2014, la Constitución Española (CE) proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1). A su vez el artículo 14 contiene una declaración general de igualdad ante la ley, prohibiendo todo tipo de discriminación apoyada en circunstancias específicas, entre las que, de modo expreso, señala el sexo. Esta igualdad formal recogida en el citado precepto se ve completada con el artículo 9.2. CE que consagra la igualdad material, al obligar a los poderes públicos a adoptar las medidas positivas encaminadas a la consecución de una igualdad real y no meramente formal y jurídica.

Ya en nuestro Dictamen 26/2007, recordamos que “el artículo 14 del texto constitucional consagra, pues, la no discriminación por razón del sexo, pero no se recoge en la CE precepto específico que exprese la especial

protección que debería otorgarse a la mujeres como grupo objeto de discriminación, tal como se ha hecho con otros colectivos (juventud, art. 48; tercera edad, art. 50 o disminuidos psíquicos, art. 49). Ha sido el Tribunal Constitucional (TC) el que, en una interpretación sistemática de la interdicción de discriminación por razón de sexo, ha afirmado que el precitado artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. La doctrina constitucional ha ido diseñando medidas de tutela antidiscriminatoria que han evolucionado desde una concepción puramente formal de la discriminación por razón de sexo, hacia la admisión de actuaciones positivas como única forma de garantizar la igualdad, pues de enfrentarse la mujer en pleno de igualdad con el hombre resultaría perjudicada por la situación de inferioridad en que se encuentra. Las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer se justifican a partir de una realidad objetivable de discriminación negativa. Fue en su sentencia 128/1987 cuando el TC declaró, por primera vez, la constitucionalidad de una acción positiva. A estas sentencias siguieron muchas más entre las que cabe destacar la 166/1998, de 26 de septiembre, en la que se declaró que del juego de los artículos 14 y 9.2 CE cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de los Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material. En relación con los supuestos de discriminación positiva femenina, también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha consagrado este principio en diversas sentencias como las de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker, y 11 de noviembre de 1997, entre otras".

Recogiendo esta doctrina, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), proclama que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3), y que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8). En su artículo 11.1, incluso, consagra la obligación de los poderes públicos de adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Del mismo modo, la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, consagra en el artículo 3.7 el principio de protección del derecho a la maternidad, encomendando a los poderes públicos la adopción de las medidas oportunas para que la maternidad deje de ser motivo de discriminación para las mujeres.

De ahí que entienda el Consejo Jurídico que una aspirante que esté en situación de riesgo durante el embarazo no debe verse impedida, por esta única circunstancia, de concurrir a los actos de adjudicación de nombramientos interinos y obtener un puesto. Y es que, en realidad, atendida la finalidad de esta situación protegida y su íntima vinculación con las condiciones del puesto de trabajo que desempeña la trabajadora gestante y que es el origen del riesgo para el embarazo, un acto de adjudicación constituye una oportunidad de cambiar de puesto y obtener uno compatible con su estado.

Ahora bien, de concurrir al acto y resultar adjudicataria, la aspirante habría de desempeñar el puesto adjudicado, pues la situación de riesgo durante el embarazo, que está íntimamente vinculada al desempeño de un determinado puesto de trabajo que se considera incompatible con el embarazo, se habría extinguido de forma automática al incorporarse la trabajadora a un puesto compatible con la gestación.

En cualquier caso, de las circunstancias que se desprenden del expediente, el hecho de que la aspirante hubiera podido participar en la adjudicación, no permite deducir que lo habría hecho de forma efectiva. En primer lugar, porque, aparentemente, la situación de riesgo perduraría en el IES "Rey Carlos III" de Águilas, donde la interesada habría de realizar las funciones docentes propias del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, en la especialidad de Servicios de Restauración, que cabe presumir similares a las que debía de venir prestando en la escuela de hostelería, donde fue contratada en la categoría de "Formadora". Y es que no constan en el expediente cuáles eran los factores de riesgo determinantes de su situación ni en qué medida el cambio de centro y puesto de trabajo podría determinar la cesación del riesgo durante el embarazo, máxime si se considera que, de haber sido nombrada, habría de desplazarse a Águilas desde Murcia, donde la interesada tiene su domicilio, encontrándose, además, en la fase final de la gestación, toda vez que el alumbramiento se produjo el 8 de diciembre, es decir, poco más de un mes después del momento en que debería haberse incorporado al

Instituto.

De ahí que lo más probable es que la interesada hubiera renunciado a participar en el acto de adjudicación de octubre de 2021, amparándose en el artículo 22 de la Orden de 29 de junio de 2021, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se establecen procedimientos en materia de recursos humanos para el curso 2021-2022.

Es importante recordar que, para entender que la expectativa de nombramiento que corresponde a cualquier integrante de una lista de espera de interinos, se ha convertido en un derecho, cuya frustración es susceptible de ser indemnizada por considerar que genera un daño real y efectivo a la interesada, se exige que las circunstancias concurrentes permitan rodear de verosimilitud o convicción al hecho de que fue precisamente la actuación administrativa y no cualquier otra circunstancia o voluntad, singularmente la de la propia interesada, la que la privó de alcanzar o consolidar la situación o el derecho, que sin la intervención administrativa se habría producido de forma muy probable o casi segura.

En tales circunstancias, ha de concluirse que, a pesar del error en que incurrió la Administración cuando no incluyó a la interesada en la lista definitiva de aspirantes, no puede presumirse que, de haber estado en dicha lista a la fecha del llamamiento en cuestión, debido a sus condiciones personales, hubiera participado en el acto de adjudicación de octubre de 2021, al que, en atención a sus circunstancias, podía renunciar de forma justificada sin ver perjudicada su permanencia en la lista, al tiempo que continuaba disfrutando de un subsidio equivalente al 100% de su base reguladora por contingencias profesionales.

De hecho, resulta muy relevante que la Sra. X renunciara a participar en diversos llamamientos. Así, uno del 13 de enero de 2021, en el que alegó tener contrato laboral en vigor (es el mismo que seguía desempeñando en la Escuela de Hostelería Eh!, a la fecha del acto de adjudicación de octubre de 2021, y que se encontraba en suspenso por la situación de riesgo para el embarazo). Del mismo modo, renunció en el siguiente llamamiento, de 9 de marzo de 2022, cuando ya se había resuelto el recurso de alzada por ella interpuesto y se le había reintegrado en la lista de interinos.

Precisamente en este último acto de adjudicación, la otra aspirante que, según la interesada, se benefició de su indebida exclusión de la lista obtuvo un segundo nombramiento que la Sra. X considera que también le habría correspondido a ella. Sin embargo, cabe insistir en que la interesada ya pudo participar en este acto de adjudicación de 9 de marzo de 2022, del que voluntariamente se autoexcluyó de manera justificada, invocando la baja de maternidad de la que disfrutaba en ese momento, por lo que cualquier perjuicio derivado de su no participación en este acto de adjudicación no sería imputable a la Administración regional, sino a la propia reclamante.

De ahí que, en ausencia de un elemento o presupuesto clave de la responsabilidad patrimonial de la Administración como es la existencia de un daño antijurídico, vinculado causalmente con el servicio público, procede desestimar la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular la existencia de un daño real, efectivo y antijurídico, cuya generación pueda vincularse de forma causal al funcionamiento del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.