

Solicitado el correspondiente informe a la Consejería, se nos comunicaba que dicha cuestión se tenía previsto reglar en el apartado 7 del art. 11 de la Orden reguladora de esta materia del siguiente modo: “A tal efecto, en cada Bolsa de las especialidades y cuerpos docentes se incluirá a la persona con discapacidad que corresponda por su orden, tras cada nueve personas integrantes de dicha bolsa, ordenadas según se dispone en este artículo. El hecho de que en cada tramo figure por su propio orden una persona con discapacidad no alterará lo establecido anteriormente”. Ante dicha respuesta dimos por concluida nuestras actuaciones al considerar que con dicha regulación se daba cumplimiento al mandato legal.

No obstante, en el texto de la Orden 18 de junio de 2018, publicado en el BOJA de 21 de junio, en el apartado 7 del art. 12, al regular la ordenación de las personas con discapacidad en las bolsas de personal docente, se incluye un nuevo inciso en la redacción del referido apartado en los siguientes términos: “(...) **sin que ello pueda conllevar alteración del orden establecido en el apartado 1 de este artículo (...)**”.

Ante la duda de que la interpretación que se pudiera dar a dicho párrafo fuera la de **priorizar el tiempo de servicio sobre la discapacidad reconocida a las personas incluidas en la bolsa en esa situación**, así como, en su caso, por el posible cambio de planteamiento que se nos había comunicado con anterioridad, solicitamos a la Dirección General de Profesorado y Recursos Humanos la aclaración de esta posible interpretación y nos informe, concretamente, sobre los criterios a seguir en el ámbito de aplicación de la Orden de dicha Consejería 18 de junio de 2018 para posibilitar el acceso de las personas con discapacidad al empleo público en el ámbito docente de acuerdo con lo establecido en el art. 28.1 de la Ley 4/2017.

Ante la insuficiencia de la respuesta remitida, reiteramos la solicitud de información sobre los aspectos concretos solicitados, junto con la documentación que estimara oportuna para el esclarecimiento del asunto en cuestión, entre la que considerábamos que debía ser incluido el informe jurídico en el que se valora la adecuación a la legalidad vigente de dichos aspectos y al que se había hecho referencia en una conversación telefónica mantenida con dicha Dirección General.

Dado que el informe jurídico remitido era el correspondiente al Proyecto de la Orden reguladora de las Bolsas de Trabajo Docentes y no el que se había solicitado, se ha vuelto a reiterar dicha petición estando a la espera de su remisión para adoptar una decisión sobre esta queja.

### 1.5.2.3 El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del acceso al empleo público y el desarrollo de las condiciones de trabajo

Durante el año 2018 se han tramitado varias quejas que han afectado al principio constitucional de igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo público y el desarrollo de las condiciones de trabajo, y que tenían como denominador común la **discriminación que consideraban que estaban padeciendo a consecuencia de su situación de maternidad**.

## “Discriminación por maternidad”

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal consagrado en el art. 14 de la CE y reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, así como en diversas directivas comunitarias en materia de igualdad de trato (refundidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio).

En el ámbito del empleo público, este principio también está presente en el Estatuto Básico del Empleado Público en todo su articulado (artículos 49, 60.1, 61.1, 82, 89 y 95.2.b, entre otros), garantizándose en su art. 49.c) “la plenitud de derechos económicos de la funcionaria” durante el periodo de maternidad.

Para la incorporación al ordenamiento jurídico español de estos principios, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres, sujeta a los poderes públicos en su actuación a una serie de

principios que se contemplan en su art. 14, y entre los que se incluye, en su apartado 7, “la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia”.

Asimismo, en su art. 51, establece que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: *“Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional”*, así como *“Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo”*.

De modo más concreto, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007, dispone 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, (...)”*.

Por su parte, el artículo 8, establece que: *“constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”*.

En esta línea, el Estatuto de Autonomía para Andalucía asume un fuerte compromiso en esta dirección que plasma, entre otros, en sus artículos 10.2, 14 y 38, y que dieron lugar a la aprobación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, y que reitera la exclusión de la desigualdad de trato entre hombres y mujeres por razón de sexo así como el *“reconocimiento de la maternidad, biológica o no biológica, como un valor social, evitando los efectos negativos en los derechos de las mujeres”*.

De las quejas tramitadas y resueltas en el año 2018 en relación con esta cuestión caben destacar las siguientes:

### 1.5.2.3.1 Desigualdad de trato en el acceso a la función pública docente de una funcionaria en prácticas por razón de su maternidad

En la **queja 17/4545**, la interesada, funcionaria en prácticas, denunciaba la discriminación que venía sufriendo, a causa de su maternidad, al no haber podido realizar éstas en el curso que correspondía a la promoción en que participó y ser relegada al lugar siguiente al de la última persona seleccionada en su especialidad en la promoción correspondiente al curso escolar en que habría concluido sus prácticas, por estar así previsto en las bases de la oposición a que concurrió.

Tal circunstancia, a nuestro juicio, es contraria a las normas jurídicas referidas que obligan a aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del acceso al empleo público, sin que circunstancias como la de la maternidad puedan convertirse en ningún caso en un obstáculo o desventaja respecto a otros aspirantes, contraviniendo con ello el principio de igualdad efectiva de hombres y mujeres que consagra el art 14 CE y garantiza la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y el EAA.

Es por ello que consideramos que la **normativa de la Consejería de Educación reguladora de la fase de prácticas del personal docente va en contra de lo dispuesto en las normas garantizadoras del derecho de las mujeres a no ser discriminadas en razón de su maternidad**, ya que en la misma se viene a penalizar a las mujeres seleccionadas que no puedan realizar la fase de prácticas en el curso correspondiente por encontrarse en dicha situación, al ser relegadas al lugar siguiente de la última persona seleccionada en su especialidad de la promoción en que ha realizado las prácticas. Se equipara con ello el tratamiento que se da a aquellos aspirantes que no hubieren sido considerados aptos tras la realización de las prácticas, con el supuesto de no haber podido realizarlas por motivo de maternidad, lo que supone una clara penalización por esta causa y constituye, evidentemente, una discriminación directa por razón de sexo.

A este respecto recordamos a la Administración educativa la consolidada doctrina constitucional sobre discriminación por razón de sexo que considera como tal *“aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constancia del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca”* (STC 136/1996, de 23 de julio, entre otras citadas).

Asimismo, siguiendo esta reiterada doctrina jurisprudencial, también recordamos a la Administración, la STC 66/2014, de 5 de mayo, en la que se afirma que debe tenerse en cuenta que “(...) *la maternidad de la demandante de amparo fue el fundamento del perjuicio laboral causado, concretado en el no reconocimiento de sus derechos económicos y administrativos con carácter retroactivo, desde la fecha en que sus compañeros de promoción tomaron posesión de sus plazas (...)*”, señalando, en este sentido, que “*corresponde inicialmente a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE*” e impidiesen que “*la maternidad fuese obstáculo para el acceso al empleo público, a la promoción y a la formación profesional de las mujeres*”.

De este modo, habría que valorar ésta y otras posibles medidas alternativas que permitieran al colectivo de mujeres que no pueden temporalmente realizar la fase de prácticas por causa de la maternidad, que la puedan realizar, siempre que sea posible, en la convocatoria que hubieran aprobado, pues lo contrario daría lugar a verse obligadas, innecesariamente, a incorporarse a la realización del siguiente curso que se convoque, con los consiguientes perjuicios que ello les comporta, cuando la maternidad no les puede suponer ningún obstáculo para acceder a la función pública en igualdad de condiciones que el resto de los opositores.

Y, en el caso ineludible de que se tuvieran que retrasar las prácticas a otro curso, que ello no comporte la pérdida de los derechos administrativos y económicos inherentes a su condición de funcionarias públicas, desde el momento que adquieran dicha condición tras la superación de las prácticas, y que podrán ejercer a partir de dicho momento, y sin menoscabo de los derechos que correspondan al resto de los opositores de su promoción que ya hubieran accedido a esta condición.

En consecuencia, ante la situación en que nos encontramos y las circunstancias expuestas, recomendamos a la Consejería de Educación que se adoptaran las medidas administrativas oportunas para **evitar que se produzcan los posibles perjuicios a la interesada, por razón de su maternidad**, y que en el caso de que fuera evaluada como apta en la fase de prácticas, fuera intercalada en su promoción de origen en el lugar correspondiente a la puntuación obtenida en su especialidad, que por sus méritos académicos y profesionales le corresponde.

Asimismo, a fin de evitar que la maternidad sea un obstáculo para acceder a la función pública en igualdad de las condiciones que el resto de los opositores en las convocatorias de acceso a cualquiera de los Cuerpos docentes de la Administración de la Junta de Andalucía, **sugerimos que se incorporara expresamente a la normativa específica correspondiente las medidas** que permitan garantizar a todas las aspirantes que no puedan completar el proceso selectivo a causa de embarazo de riesgo o parto, el mismo tratamiento que al resto de aspirantes aprobados en el proceso selectivo, sin menoscabo de los derechos que correspondan al resto de los aspirantes, y sin que se vean afectados los propios derechos de la interesada, tanto profesionales como por la situación devenida de su condición de mujer: la maternidad.

Tras considerar aceptada la Resolución formulada a la Consejería de Educación, en base a la contestación que nos fue remitida por la Dirección General de Profesorado y Recursos Humanos, ante la constatación de que en el Anexo I de la Orden de dicha Consejería de 19 de julio de 2018 la interesada figuraba como apta, si bien en función de lo que establece el apartado Tercero de la misma los efectos de su nombramiento serían de 1 de septiembre de 2018, se solicitó el correspondiente informe a dicha Consejería para el esclarecimiento de esta cuestión que ha tenido entrada en esta Institución con fecha 30 de octubre de 2018.

Una vez recibido, concluimos que en el mismo **se plantea una discrepancia técnica** en orden a la aceptación de la Resolución formulada por esta Institución al informarnos de que “*todas las comunidades autónomas han puesto en conocimiento del Ministerio de Educación y Formación Profesional tales hechos y han solicitado la modificación del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada Ley*”. Por lo que “*en consecuencia, mientras no se realicen las modificaciones propuestas, el apartado segundo de la Resolución de 7 de octubre de 2016, por la que se regula la fase de prácticas*

del personal seleccionado en el procedimiento selectivo, **establece el requisito de los cuatro meses de servicios efectivos para poder ser evaluada**, siendo cualquier otra actuación contraria a derecho”.

En todo caso, al considerar que las Recomendaciones y Sugerencia realizada tienen su causa en la necesidad de dar cumplimiento a los preceptos constitucionales, estatutarios y legales que se mencionan en el Recordatorio de Deberes Legales que se había formulado a la Consejería, procedemos al cierre del expediente de queja indicando a la Administración que se procedería a reseñar el mismo en el presente Informe Anual.

### 1.5.2.3.2 Denegación complemento de productividad a una empleada pública por encontrarse de baja a causa de un embarazo de riesgo

La interesada promueve la **queja 17/6475** al denegársele el complemento de productividad a causa de la situación de embarazo de riesgo por la que se le había prescrito la correspondiente baja laboral.

La Administración justifica esta negativa en la consideración de la situación de “embarazo de riesgo” como una situación protegida de “Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes”, distinguiéndola de la de “Riesgo durante el embarazo” que goza de una protección especial. En su opinión, dicha confusión queda aclarada en el art. 31.2 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 y que establece al respecto que *“no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”*.

En base a las normas y doctrina jurisprudencial antes referida, y teniendo en cuenta que el art. 49.c) EBEP garantiza *“la plenitud de derechos económicos de la funcionaria”* durante el periodo de maternidad, concluimos que la negativa a reconocer a esta empleada pública el derecho a percibir el complemento de productividad durante la situación de embarazo de riesgo en que se encontraba, dentro de su proceso de maternidad, **afectaba a su derecho a no ser perjudicada ni discriminada** por encontrarse en dicha situación.

A estos efectos, se puso de manifiesto a la Administración que esta situación ya había sido tratada por la institución del Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, en su Resolución de 15 de abril de 2015, en la que se recomendaba a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social que se considerara que *“la prestación correspondiente a la situación de incapacidad temporal en supuestos de mujeres embarazadas, a las que los facultativos del Instituto Nacional de la Salud prescriban obligado reposo, que determine la interrupción de su vida laboral, por existir alto riesgo de amenaza para la salud de la madre, del feto o de ambos, tenga la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales”*.

En idéntico sentido se señalaba una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, la 10/2017, de 10 de enero, en la que se considera como discriminación laboral por maternidad *“la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos”*, afirmando a este respecto que: *“Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo”*.

Por todas las razones expuestas, y en base a los preceptos citados, concluimos recomendando a la Secretaría General para la Administración Pública que, en el ámbito de la legalidad vigente, se promuevan las acciones oportunas que procedan en orden a **garantizar que las empleadas públicas en situación de incapacidad temporal por embarazo de riesgo puedan percibir el complemento de productividad** que les pudiera corresponder durante esta situación.

La Secretaría General contestó aceptando la Recomendación formulada y comunicando que se dará traslado de la misma a los órganos responsables de la gestión de personal de las distintas Consejerías para su aplicación en estos supuestos y su divulgación entre las entidades dependientes de las mismas.