



**Resolución del Ararteko, de 26 de enero de 2010, por la que se concluye el estudio de las quejas promovidas por aspirantes que han solicitado a Osakidetza-Servicio vasco de salud que les fije otro día y/o lugar del examen de oposición por existir causa justificada que les imposibilita la asistencia al acto convocado.**

### Antecedentes

1.- El desarrollo de varios de los procesos selectivos correspondientes a la Oferta Pública de Empleo de 2008 de Osakidetza-Servicio vasco de salud ha dado la oportunidad a la institución del Ararteko de estudiar la cuestión de qué tratamiento debe darse a las peticiones bien de aplazamiento de la fecha de examen bien de modificación del lugar de celebración formuladas por aspirantes que consideran hallarse en situación tal que les imposibilita la concurrencia en las circunstancias de tiempo y lugar anunciadas.

En realidad, esta situación es susceptible de plantearse en toda convocatoria para el acceso o la provisión de empleo público que comporte la realización de uno o más ejercicios sujetos al sistema de llamamiento único. Además de las características propias del ejercicio a celebrar, el elemento presente en estas solicitudes que requiere una consideración particularizada lo constituye la causa de imposibilidad alegada y acreditada por la persona solicitante.

Los expedientes de queja que concluyen, de forma conjunta, mediante esta resolución tienen su denominador común en la causa invocada por las aspirantes. En el momento en que se plantearon los hechos, se hallaban embarazadas y se preveía que el parto tuviera lugar en torno a la fecha en que Osakidetza había dispuesto la realización del ejercicio de oposición de los respectivos procesos selectivos. Basándose en esa previsión, era factible que el día señalado a efectos de examen coincidiera con el del alumbramiento o con la hospitalización de la aspirante debido a su estado.

Las interesadas pusieron la eventualidad en conocimiento de Osakidetza, mediante escrito dirigido con la debida antelación, y solicitaban que se les informara acerca de las medidas que se adoptarían por la administración para el caso de que se materializara el impedimento a asistir a la convocatoria en el



lugar y fecha señalados, con el fin de preservar su participación en las pruebas. En algún caso, esa demanda de información proponía la posible realización del ejercicio en el hospital en que se hallara ingresada.

Las alegaciones de las interesadas iban acompañadas del correspondiente informe médico o de la disposición a aportar los documentos que la administración les requiriera.

Cuando las aspirantes decidieron recabar nuestra intervención, ninguna de las peticiones había recibido una resolución expresa. Tan sólo las consultas verbales efectuadas ante la falta de respuesta les habían permitido conocer que la administración carecía de previsiones con respecto a esta situación, por lo que no podrían realizar el ejercicio y perderían todos sus derechos en el proceso en el caso de producirse la coincidencia de fechas.

- 2.- El estado de los hechos que nos habían relatado las promotoras de las quejas no evidenciaba una decisión administrativa. Entendíamos que la administración se hallaba aún en tiempo para adoptar una decisión y que esta podía ser favorable a los intereses de las aspirantes.

En esas circunstancias, estimamos conveniente que nuestra intervención ante Osakidetza, al menos en ese estadio previo, debía ir encaminada, en primer lugar, a promover la toma de una decisión y a que esta les fuera comunicada a las solicitantes a la mayor brevedad posible y, en segundo lugar, a transmitirle a la entidad los criterios de esta institución ante asuntos similares al que en esta ocasión se nos planteaba.

A ese segundo respecto, la exposición que hicimos llegar a la Dirección del ente público sanitario no obviaba la garantía de participación en condiciones de igualdad que ofrece el sistema de llamamiento único pero, aun así, concluía aconsejando considerar el motivo alegado por las solicitantes, en la medida en que el impedimento obedecía a una situación ajena a su voluntad, inevitable y merecedora de protección jurídica. Fundamentalmente era la jurisprudencia la que dotaba de base a nuestro planteamiento.

Un dato que, a nuestro modo de ver, abría el camino a la estimación de las solicitudes era el tipo de prueba al que iban referidas. Tratarse de un ejercicio tipo test cuyas preguntas se extraerían de una batería cerrada de preguntas





que la administración les había enviado previamente a los/as aspirantes tan sólo requería confeccionar un cuestionario nuevo por cada aspirante que cumplimentara el examen en lugar o fecha distinta, pero siempre el documento base para su elaboración sería la propia batería cerrada, idéntica para la totalidad de los participantes.

- 3.- Osakidetza elaboró un informe que enfocaba el asunto objeto de debate partiendo de la disposición recogida en las bases generales de la oferta pública de empleo en lo relativo a la participación en las pruebas selectivas de las personas que tengan reconocida la condición legal de discapacitadas.

En concreto, señala que la Resolución 4235/2008, de 28 de noviembre, de la directora general de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se aprueban las bases generales, dispone en su apartado 9.4 que las personas discapacitadas deben reflejar en su solicitud las adaptaciones técnicas que consideren necesarias para la realización de las pruebas y, asimismo, contiene una mención expresa de la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de los tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

Como decimos, el informe parte de esta previsión para, a continuación, referir cuál ha sido la idea que ha presidido el tratamiento de la situación motivo de las quejas:

*“Con el fin de aplicar los efectos del apartado de adaptación técnica, en supuestos que en principio no se recogen en las bases generales por no reunir la condición de aspirantes discapacitados, Osakidetza valora las solicitudes de adaptación realizadas con anterioridad a la celebración de las pruebas selectivas, planteada por otros aspirantes, preservando de este modo el principio de igualdad entre todos los participantes.”*

Expresa el informe que las adaptaciones incorporadas lo han sido, previa solicitud anterior a la celebración de las pruebas, una vez realizadas las gestiones pertinentes y comprobadas la idoneidad de lo solicitado y disponibilidad de los recursos por Osakidetza. Añade que los supuestos extraordinarios que se puedan plantear el mismo día del examen, en la medida





en que resulte viable, también serán atendidos con la correspondiente adaptación.

Atendiendo a la naturaleza de las medidas de adaptación que han sido dispuestas, las clasifica en físicas (mobiliario, más espacio...), psicofísicas y concernientes a la forma en la realización del examen (adaptación del tiempo, cabina de lactancia,...).

En lo que se refiere específicamente a las aspirantes embarazadas o con niños lactantes, nos informa de que las medidas demandadas han consistido en la habilitación de una cabina de lactancia, en la solicitud de los criterios para el caso de coincidir el examen con el día del parto, en la celebración del examen en el hospital o en lugar más próximo al domicilio, en la adaptación de mobiliario, de movilidad y en la disposición de una ambulancia.

A la vista de esa demanda, las medidas que han prosperado consisten, según se recoge en el informe, en la utilización de cabinas de lactancia, en el establecimiento del dispositivo médico necesario, en las adaptaciones sobre movilidad y en la cercanía de redes hospitalarias.

El informe finaliza esgrimiendo las razones por las que, a juicio de la entidad, no procede la estimación de las solicitudes de posposición de pruebas o de su realización en lugar diferente al de la convocatoria. Transcribimos este apartado del documento:

*“En conclusión, se indica que el proceso de Oferta Pública de Empleo se rige por los principios de legalidad y de igualdad en el acceso para el conjunto de los aspirantes. Dichos principios se plasman en las bases generales del proceso, que constituyen la Ley de la convocatoria pública y sujetos a los cauces de revisión contemplados en la legislación vigente.*

*La ruptura del principio de igualdad que supondría la celebración de la prueba en diferente día o lugar para alguno de los aspirantes no se contempla en las bases generales, por lo que acceder a lo solicitado supondría una vulneración del mismo, al reconocer un derecho a algunos aspirantes que no se contempla en las bases de la convocatoria.*

*Este criterio es el mismo que se ha venido manteniendo con todos los procesos selectivos convocados por Osakidetza desde su constitución*





*como Ente Público de Derecho Privado, conforme a lo previsto en la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi, siendo el presente el cuarto celebrado.*

*Por último, informarle que la presente convocatoria fue publicada en el BOPV de 3 de diciembre de 2008, y no ha sido impugnada en lo referente a este punto por ninguno de los aspirantes.”*

4.- Llegado el día del examen correspondiente a cada uno de los procesos selectivos afectados por las quejas, el riesgo de coincidencia de fechas que había dado lugar a las solicitudes de las interesadas no devino en realidad, con lo que pudieron concurrir con el resto de las personas participantes en las pruebas.

A pesar de que las circunstancias propiciaron el buen fin del asunto, no debemos ignorar que, de no haber sido así, la negativa de la administración a estudiar las posibilidades de adecuar la fecha y/o lugar del ejercicio a la situación alegada por las aspirantes habría acarreado su eliminación de las pruebas selectivas, con la pérdida de todas las expectativas en ese proceso así como, probablemente, con un detrimento de puntuación en el futuro proceso de constitución de listas de trabajo temporal.

Ahí reside la razón de ser de esta resolución, que fundamentamos en las siguientes

#### Consideraciones

1.- En el ámbito de los procesos de cobertura y provisión de empleo público, cuando incluyen la realización de uno o más ejercicios, corresponde a la administración que convoca determinar en las bases reguladoras todo lo relativo a las pruebas que deban realizarse y al tribunal calificador aplicar esas previsiones, adoptando todos los acuerdos que sean necesarios para su concreción y resolviendo cuantas dudas surjan a lo largo del proceso.

En el curso de los procesos selectivos examinados en esta resolución, varias aspirantes alegaron a la administración la concurrencia de unos hechos que



habrían podido constituir un impedimento de asistencia al ejercicio de oposición y, en consecuencia, demandaron una respuesta que les permitiera mantener su participación y conservar sus expectativas de acceder a los puestos convocados. Se presentaba como respuesta idónea la modificación de la fecha y/o el lugar de examen.

La cuestión planteada no disponía de previsión en las bases, generales y específicas, reguladoras de los procesos de selección, a tenor de las cuales se había convocado a todos y todas las aspirantes a un lugar, día y hora concretos con el fin de celebrar la prueba.

Lo mismo sucede con el ordenamiento jurídico, en el que no existe una normativa que regule esta cuestión. Qué duda cabe de que este vacío ha venido propiciando una práctica según la que las fechas y lugares de examen fijados por la administración en absoluto se ven condicionados por las situaciones personales de los/as aspirantes al empleo público, sea cual fuera la entidad del motivo alegado para no poder realizar el examen.

Aun así, no existe razón para concluir que toda solicitud de adecuación del tiempo y/o lugar de la convocatoria esté llamada a ser rechazada. Por el contrario, entendemos que cada solicitud merece una consideración particularizada por parte de la administración y, más concretamente, del tribunal calificador, en el ejercicio de las facultades que se le han otorgado para resolver las cuestiones no previstas por la convocatoria y disolver dudas. De esta labor previa deberá resultar una decisión motivada y ajustada al caso. Necesariamente, el análisis de cada solicitud habrá de comprender un estudio de la causa que se alega, en el que se valore su justificación y suficiencia para obtener la medida que se solicita, su carácter ajeno a la voluntad de la persona que la padece y si es de entidad tal que le impide la comparecencia y realización del ejercicio en condiciones de igualdad con los/as demás aspirantes. Otros aspectos que deberán ser tenidos en cuenta son los concernientes a la configuración o características de la prueba y el normal desarrollo del proceso, de forma que ni este ni los derechos del resto de los/as participantes se vean perjudicados por la medida.

Esta labor de consideración individualizada es la que no se aprecia en las solicitudes objeto de nuestra intervención. La administración ha tratado de encauzarlas dentro del tratamiento dispuesto para la participación de las personas con discapacidad. Si bien esta materia dispone de regulación propia



en el ordenamiento, no responde al supuesto de hecho de las solicitudes, toda vez que en ellas no concurre ninguna discapacidad y la adecuación específica que requieren excede del ámbito físico o material del aula destinada al examen.

- 2.- El llamamiento único es la fórmula a la que habitualmente responde la celebración de los exámenes o ejercicios que deben realizar los/as aspirantes al empleo público. Es indudable que cumple una función importante en los aspectos organizativos y de gestión de pruebas en las que participa una pluralidad de personas interesadas. Además, juega a favor del llamamiento único el apoyo que presta a la administración pública convocante en el cumplimiento de su deber de salvaguardar la igualdad de participación de todos y todas las aspirantes.

En ese sentido, se trata de un mecanismo valioso, pero no por ello imprescindible o única vía por la que garantizar la igualdad. Algunos ejercicios, por su propia configuración o exigencias (pruebas orales, examen que precisa del uso de equipos técnicos,...), hacen inviable su cumplimentación conforme al llamamiento único, en el que todas las personas realicen un mismo ejercicio simultáneamente y en el mismo lugar. Esas situaciones no nos llevan, sin más, a cuestionar la igualdad en el proceso. Pero, ni siquiera cuando la modalidad de ejercicio aconseja su realización mediante llamamiento único, la ruptura de esa unidad de tiempo y lugar, en casos excepcionales y debidamente justificados, conlleva indefectiblemente un quebranto del principio de igualdad.

Además, el respeto al principio de igualdad de participación de todos y todas las opositoras en su conjunto no excluye el deber de preservar el derecho que ostenta cada una de esas personas, individualmente, a realizar la prueba de oposición cuando se ven afectadas por una causa involuntaria e inevitable que le impide asistir al acto convocado y cumplimentar la prueba en igualdad de condiciones con los restantes opositores.

Aunque no sea labor sencilla para una administración aunar ambos deberes, se hace preciso habilitar los medios que atiendan adecuadamente a las situaciones de impedimento excepcionales y justificadas, que, caso de no ser tratadas, acarrearían la exclusión del proceso por una causa totalmente ajena a la voluntad de la persona afectada.





Estos mismos criterios que han regido nuestra intervención ante Osakidetza han sido sostenidos por esta institución con anterioridad, como lo muestra la actuación comentada en el *“Informe al Parlamento Vasco del año 2008”*, en su capítulo I – *Análisis de las actuaciones más significativas clasificadas por áreas* –, área de *Función pública* (páginas 123 y 124).

3.- Son numerosos los pronunciamientos de los tribunales de justicia que avalan la tesis de que la regla general del llamamiento único admite excepciones. Dedicaremos este apartado de la resolución a reseñar algunas de las sentencias recaídas en procedimientos judiciales seguidos ante los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas y ante el propio Tribunal Supremo, en los que el juzgador examina la alegación y justificación por aspirantes a procesos de selección de las situaciones personales por las que solicitan un aplazamiento de un ejercicio o su realización en lugar diferente al señalado con carácter general.

A modo de introducción, es de destacar que la lectura que efectúan los tribunales de justicia admite de forma pacífica que los casos de fuerza mayor debidamente justificados constituyen una excepción al mandato de llamamiento único, en cuya apreciación los órganos de selección han de justificar sus decisiones con base en argumentos razonables y lógicos. Asimismo, se sostiene que la realización de un examen en diferentes momentos no implica necesariamente un quebranto del principio de igualdad, contribuyendo con ello a desvirtuar el argumento que, de entrada, suelen invocar las administraciones públicas para rechazar las peticiones que reciben con relación a este asunto.

La casuística abordada en sede jurisdiccional nos aporta supuestos de hecho en los que diversos motivos de salud impiden a la persona que concursa acudir a la celebración de una prueba junto con el resto de los/as concursantes. No obstante, es digno de destacar que los motivos predominantes que han llegado a la revisión por los jueces versan en torno a circunstancias vinculadas a la maternidad, tanto en la fase prenatal como en la postnatal.

Como una muestra para ilustrar los aspectos comentados, mencionaremos algunas de estas sentencias, con referencia a sus fundamentos más significativos.







Así, la sentencia núm. 550/2004, de 7 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso núm. 616/2003 (JUR 2005\42048), examina la apelación interpuesta por la Administración general de la Comunidad Autónoma contra la sentencia de instancia, que había estimado el recurso contencioso-administrativo promovido por un aspirante en un proceso convocado por el IVAP para configurar unas bolsas de trabajo. El motivo de su recurso había sido la denegación por el tribunal calificador de la posibilidad de realizar un examen en fecha posterior, habiendo alegado, como razón de lo solicitado, su ingreso hospitalario para ser intervenido quirúrgicamente dos días antes de la fecha de la convocatoria. En este asunto, la administración ofrecía al aspirante la posibilidad de que el tribunal se trasladase al hospital para cumplimentar la prueba el mismo día que los demás concursantes, todo ello con el fin de preservar la unidad del llamamiento y velar por la igualdad. El TSJPV confirma la sentencia estimatoria de instancia y da su apoyo a la interpretación de la sentencia apelada al decir que *“no atenta contra el principio de igualdad en el acceso a la función pública, en la medida en que dicho principio queda salvaguardado por la existencia de un mismo temario, y aun cuando el normal desarrollo de la prueba de acceso a la bolsa de trabajo exigía un único llamamiento y lógicamente un mismo ejercicio, no quiebra la garantía de igualdad la realización de un ejercicio distinto en un supuesto expresamente admitido por las bases de fuerza mayor debidamente justificado”*.

En el mismo sentido se expresa la sentencia núm. 971/2005, de 25 de octubre, mediante la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra resuelve los autos de recurso de apelación núm. 208/2005 (RJCA 2006\69). En esta ocasión, el asunto controvertido se hallaba en la solicitud de aplazamiento de un examen formulada por una aspirante que había sufrido un parto prematuro la fecha de la celebración. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo concedor de la demanda en primera instancia había fallado a favor de la aspirante, condenando a la administración local convocante del proceso a realizarle el ejercicio en una nueva fecha a determinar. El TSJN confirma la procedencia del aplazamiento por entender que así lo exige el principio de igualdad y califica de *“radicalmente erróneo”* el criterio sostenido por el tribunal calificador en el sentido de que no cabe la realización del ejercicio en diferentes momentos porque vulneraría el principio de igualdad. Argumenta el Tribunal Superior de Justicia que:





*“El principio de igualdad exige trato igual ante situaciones iguales. En el presente caso un existe una situación igual. Precisamente **la existencia de una excepcional y justificada situación objetivamente diferente (parto prematuro de la demandante en la fecha del examen)** hace que el trato no pueda ser igual, siempre teniendo en cuenta que dicha situación diferente es merecedora de protección jurídica justificada diferente.*

*Es precisamente ese **principio de igualdad directa** y rectamente aplicado el que determina la solución que con buen criterio adopta el Juez a quo. Por ello es irrelevante que las bases o el Reglamento de ingreso guarden silencio sobre posibles excepciones a la unidad de tiempo en la realización del ejercicio (como con error apunta el TAN) pues el principio de igualdad en el acceso a la función pública (reconocido constitucional y legalmente) es de directa efectividad y aplicación al caso y exige su evidente concreción en el caso que nos ocupa pues ante el excepcional hecho concurrente el día del examen en la demandante (parto, que además de adelantarse 20 días, se produce el mismo día del examen; hecho que sin duda cabe calificarlo de fuerza mayor) tal principio de igualdad imponía sin duda alguna (y sin necesidad de aquiescencia de la otra aspirante) la decisión de aplazar el examen de la demandante.*

*Así la existencia de una excepcional causa justificada merecedora de protección jurídica, como es el caso, exigía el aplazamiento solicitado. Por lo tanto sí se ha vulnerado un derecho de la demandante (en contra de lo alegado en el recurso de apelación) cual es el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, en los términos que hemos expresado.”*

El Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo núm. 901/2002, concluido por la sentencia núm. 534/2005, de 30 de junio (JUR 2007\5810), entendió que la actora había justificado debidamente al tribunal calificador de la oposición la imposibilidad de acudir al llamamiento, ya que dos días antes había dado a luz mediante cesárea a un niño, precisando para su recuperación de seis días. Aunque reconoce la discrecionalidad del órgano calificador para apreciar los motivos y aceptar un nuevo llamamiento o excluir a la aspirante, dice la Sala que “ello no puede ser entendido sin precisar unos argumentos razonables y lógicos, y los que se utilizan por el Tribunal carecen de tal consideración, concretamente se indica que, si se lleva a cabo un llamamiento especial para un único aspirante, no se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, pues





*comporta la elaboración de un nuevo ejercicio con preguntas distintas y respuestas igualmente diferentes; y es que efectivamente, **se han de elaborar nuevas preguntas y respuestas, pero ello no vulnera el principio de igualdad de oportunidades, que se ve postergado por la existencia de una situación de fuerza mayor, y es que la previsibilidad en la fecha de dar a luz de la actora no puede jugar en su contra, la que desconocía la fecha en que se haría el llamamiento, pues indudablemente la imposibilidad de acudir al ejercicio engendraba una situación de fuerza mayor o imposibilidad física, ya que su salud se vería perjudicada.***

Para finalizar este muestreo de sentencias de los tribunales superiores de justicia autonómicos, haremos referencia a la sentencia núm. 20/2003, de 25 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, correspondiente a los autos de recurso de apelación núm. 14/2003 (RJCA 2003\454). El Tribunal se pronuncia con relación a la negativa a conceder un aplazamiento de la fecha de un ejercicio de oposición a una aspirante que había dado a luz en fechas cercanas a la celebración del examen y se encontraba ingresada en un centro hospitalario debido a una complicación posterior al parto, lo que la imposibilitaba para acudir al acto convocado. La fundamentación de esta sentencia se distingue especialmente porque en ella el TSJ **invoca la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación de la mujer en razón de su sexo** y, vinculadas a esa condición, las situaciones anteriores y posteriores al parto (RTC 2001\20, RTC 1999\240, RTC 1996\136, RTC 1994\173, RTC 1988\166, RTC 1999\41, RTC 1993\109,...). A la luz de esta doctrina, el Tribunal analiza la denegación del aplazamiento y juzga como discriminatoria la decisión del órgano de selección, ya que no tuvo en cuenta que la imposibilidad física de acudir al examen la colocaba en una situación de desigualdad nacida de una circunstancia, como es el parto, unida necesariamente a su condición de mujer. Apreciada así una vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE, falla a favor de la demandante, reconociéndole el derecho a examinarse.

El asunto del que aquí tratamos también ha sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo, a algunas de cuyas sentencias pasamos a referirnos.

Así, un primer pronunciamiento a reseñar es la sentencia de 6 de marzo de 2006, de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 10507/2003 (RJ 2006\1576). Los fundamentos jurídicos reconocen expresamente la singularidad que comporta la gestación y la protección que el ordenamiento jurídico debe dispensar a la



maternidad, habiendo los poderes públicos de hacer efectiva la prohibición de toda discriminación por razón de sexo. A pesar de ello, entiende la Sala que la demanda no puede prosperar debido a las particulares circunstancias que se dan en el caso así como la falta de impugnación de las bases. Las circunstancias se pueden concretar diciendo que se trata de una aspirante al cuerpo de Maestros, en la especialidad de educación física, que, debiendo superar una prueba práctica, considera que su realización implica riesgos para ella y para su futuro hijo. Como soluciones alternativas, la demandante propone, en este orden, la sustitución de la prueba de carácter físico por la resolución de un supuesto práctico, el aplazamiento hasta dar a luz o tener en cuenta que en anteriores convocatorias ya había superado el ejercicio.

Con relación al aplazamiento solicitado por la demandante, el Tribunal, sin rechazar esta solución con carácter general, la entiende inviable en los hechos concretos, argumentando lo siguiente:

*“Por otra parte, parece claro que el proceso selectivo no puede suspenderse indefinidamente hasta el momento, indeterminado en el tiempo, en que, plenamente recuperada del parto, la recurrente estuviere en condiciones de realizar la prueba. Porque lo significativo de este caso es que la Sra. Sofía competía para ingresar el Cuerpo de Maestros en la Especialidad de Educación Física. De manera que el aplazamiento pedido en vía administrativa pero no en la instancia, no era una solución que pudiera aplicarse aquí porque el que contemplan las bases, aunque sea para supuestos de fuerza mayor, es solamente por un período de tiempo muy reducido y siempre vinculado al desarrollo normal de la prueba y del concurso-oposición.”*

Este mismo argumento es invocado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 2009, recurso de casación núm. 613/2005 (JUR 2009\288757):

*“El Tribunal calificador tiene, aún en el caso de llamamiento único, un amplio abanico de poderes para poder apreciar la existencia de causas de fuerza mayor que justifiquen, y aun impongan, como ha tenido ocasión de resaltar esta Sala en recientes sentencias, el aplazamiento de un examen a alguno de los intervinientes, siempre procurando que ello no afecte a los demás participantes, y que el proceso selectivo no sufra retraso notable en su desarrollo.”*



En último término, citamos la reciente sentencia de 27 de abril de 2009, recurso de casación núm. 4595/2005 (RJ 2009\4091). Los antecedentes refieren la denegación por el tribunal calificador de una solicitud de posposición de examen formulada por una opositora aquejada de complicaciones posteriores al parto por las cuales los informes médicos le prescribían reposo y le recomendaban no asistir a la prueba. En su lugar, el tribunal, que no consideraba los hechos un supuesto de fuerza mayor, le había ofrecido determinadas adaptaciones físicas del lugar de examen y la disposición de servicios médicos. La sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, otorga la razón a la demandante, al considerar que concurría un supuesto de imposibilidad física de afrontar la prueba en condiciones de igualdad con el resto de los participantes para el que no era solución el ofrecimiento hecho por el tribunal.

El Tribunal Supremo confirma este fallo, señalando para ello que no existe una relación tasada de supuestos de fuerza mayor que impidan la asistencia a la prueba el día y hora señalados. Esto hace que las bases confieran al tribunal calificador plena libertad de apreciación y es en esa apreciación de los hechos concretos donde el Alto Tribunal considera que median los rasgos de involuntariedad e inevitabilidad y que la circunstancia alegada por la aspirante le impide físicamente realizar la prueba en condiciones de igualdad con los demás aspirantes.

Además, frente a los alegatos de seguridad jurídica e igualdad efectuados por la administración en el recurso de casación, el TS aduce lo siguiente:

*“Y aunque no se puede negar que tales complicaciones son reales, tampoco se ha de ignorar que en convocatorias de pruebas que, por sus características, se extienden a lo largo de un período de tiempo prolongado, no es necesariamente disfuncional atender, cuando es posible hacerlo sin extenderlo más allá de lo previsto, solicitudes de aplazamiento justificadas como la de este caso. Hacerlo no tiene por qué afectar a la seguridad jurídica ni romper las condiciones de igualdad entre los participantes. De ahí que, insistamos, no habiendo el tribunal calificador planteado que, en los márgenes temporales en que debía tener lugar la segunda prueba, no cabía conceder ningún aplazamiento, carezcan de fuerza persuasiva estos argumentos.”*





- 4.- El dictamen de los jueces y tribunales de justicia sirve de apoyatura a un planteamiento en los términos en los que esta institución lo ha defendido en la tramitación de estos expedientes de queja.

El punto de partida de nuestro planteamiento se sitúa en la necesidad de asumir que actuar justamente ante determinadas y excepcionales situaciones puede exigir la adopción de soluciones *ad hoc* que supongan una separación del llamamiento único, siempre con ese matiz de excepcionalidad y sin significar un olvido de la utilidad que presta la unidad de tiempo y lugar en la celebración de exámenes para acceder o proveer puestos de trabajo del sector público.

Interiorizar esa idea requiere, a su vez, rechazar la conexión que tendemos a establecer entre la ruptura del llamamiento único y la colocación de la seguridad jurídica y la igualdad en una situación de quebranto o, cuando menos, de riesgo.

Para evitar, precisamente, que se produzca esa situación no deseada y contraria a derecho, la administración pública, a través del correspondiente órgano de selección, debe analizar detenidamente cada solicitud que implique una alteración de las condiciones de tiempo y lugar en que se ha anunciado la celebración del examen.

Los elementos de la solicitud que precisan ser evaluados se centran en la causa o motivo alegado. Como corresponde a la excepcionalidad de una eventual medida, no todo motivo merece una respuesta estimatoria.

A este respecto, teniendo en cuenta que no puede existir una relación tasada de motivos acreedores de esa aceptación, los casos examinados por los tribunales de justicia nos autorizan a establecer una serie de rasgos exigibles: la circunstancia alegada afecta a un bien digno de protección jurídica, tiene carácter impeditivo, es involuntaria e inevitable. La imprevisibilidad no resulta condición siempre exigible, ya que la posibilidad de prever un impedimento no le convierte necesariamente en evitable.

Corresponde a la persona que solicita ese tratamiento diferenciado alegar y justificar los hechos de forma suficiente y adecuada, mediante informes médicos o los documentos que se ajusten al motivo invocado, sin perjuicio de





que el tribunal calificador pueda recabar cuantos otros elementos probatorios estime oportunos.

En el proceso de resolución de la solicitud, habrán de apreciarse igualmente los datos relativos al examen (modalidad, diseño, temario,...), de forma que el aplazamiento o su cumplimentación en otro lugar se atenga al contenido y nivel de conocimientos exigidos por la convocatoria para la totalidad de los opositores.

Como los procesos selectivos y de provisión se caracterizan por la concurrencia competitiva, salvaguardar los intereses legítimos del resto de las personas que participan y velar por el buen fin del procedimiento lleva implícitos ciertos límites. Como nos señala el Tribunal Supremo en las sentencias citadas en la anterior consideración, la posposición de una prueba no puede ser indefinida ni por un periodo de tiempo tal que retrase el proceso selectivo más allá de lo que resulte razonable.

De todo ello se desprende que intentar tomar una decisión justa es una tarea provista de un margen de discrecionalidad, ejercicio que será correcto en la medida en que se sustente en argumentos razonables y lógicos, porque en definitiva no es sino una aplicación más del deber de motivación de los actos administrativos y de la interdicción de la arbitrariedad.

Entendemos que incluir en las bases reguladoras una previsión siempre beneficiosa la seguridad y publicidad del procedimiento, dado que todas las personas interesadas conocerían de antemano la posibilidad de que se den excepciones a la unidad de realización del examen.

No obstante, no creemos procedente invocar la falta de esa previsión en las bases o su carácter firme y consentido para desestimar toda solicitud, independientemente de la entidad de los hechos que se aleguen. En el tratamiento de este asunto se encuentra en juego el principio constitucional de igualdad, que ampara a todos y cada uno de los y las aspirantes, por lo que la ausencia de mención en la normativa de la convocatoria no puede ser obstáculo para entrar a analizar y resolver la petición.

Al hilo de esta última apreciación, en los supuestos donde la causa alegada vaya unida a la maternidad, es necesario tener presente la protección que el ordenamiento jurídico le otorga.





En nuestros días, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 8, califica de *“discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad”*. Pero la realidad es que, con bastantes años de antelación, el Tribunal Constitucional ya venía apreciando una lesión directa del artículo 14 y calificando de actos discriminatorios por esa razón no sólo los tratamientos peyorativos que se funden en la pura y simple constatación del sexo de la víctima sino también aquéllos en los que concurren razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo. Esta postura conlleva que la protección específica de la maternidad proclamada por la Carta Magna abarque tanto los periodos prenatales como los postnatales, toda vez que en todos ellos se persigue igualdad finalidad social (STC 173/1994, de 7 de junio [ RTC 1994, 173] , F. 2; 136/1996, de 23 de julio [ RTC 1996, 136] , F. 5; 20/2001, de 29 de enero [ RTC 2001, 20] , F. 4; 41/2002, de 25 de febrero [ RTC 2002, 41] , F. 3; y 17/2003, de 30 de enero [ RTC 2003, 17] , F. 3).

A la luz de los hechos expuestos y de las consideraciones que sobre los mismos se han efectuado, esta institución emite la siguiente

### Conclusión

La administración pública convocante de un proceso selectivo o de provisión de puestos de trabajo deberá estudiar y resolver, basándose en argumentos razonables y lógicos, las solicitudes de modificación de la fecha y/o lugar de examen que sean formuladas por aspirantes en quienes concorra una causa, justificada y merecedora de protección jurídica, que les impida asistir al acto convocado con arreglo al sistema de llamamiento único. Así lo exige el deber de velar por el ejercicio efectivo del derecho de igualdad en el acceso a la función pública por todos y todas las aspirantes.

