



Arartekoaren 2019R-582-19 Ebazpena, 2019ko irailaren 30ekoa. Horren bidez, erakunde honek Bizkaiko Foru Aldundiko Herri Administrazioa eta Erakunde Harremanak Sailari gomendatzen dio deialdi horretako proba fisikoak atzeratzeko eskaera ez onartzeko kasua berrikus dezala (Bizkaiko Ahalduen Nagusiaren uztailaren 27ko 129/2018 Foru Dekretuaren bitartez), eta aukera eman dezala pertsona horrek aipatu probak egin ditzan eta prozesuan jarraitu ahal izateko.

### Aurrekariak

1. Erakunde honetara jo du Su Itzaltze eta Salbamenduko Zerbitzu ofizialeko administrazio bereziko eskalan karrerako funtzionario izateko hautaprobek deialdian parte hartzen duen pertsona batek. Deialdia Bizkaiko Ahalduen Nagusiaren uztailaren 27ko 129/2018 Foru Dekretuaren bidez argitaratu da.

Berak idatzitako idazkian adierazten zuen bezala, 2018ko abenduaren 31n istripua izan zuen, eta tibia eta peronea hautsi zituen. Urgentziazko ebakuntza egin zioten eta ospitalean hainbat egun igaro ondoren, sendatze prozesuan jarraitzen zuen.

2019ko otsailaren 6an lehenengo ariketa teorikoa egin ondoren, eta onartuen zerrenda nahiz proba fisikoei lotutako ariketaren eguna (2019ko martxoaren 25a) argitaratu ondoren, ebakuntza egin zion traumatologo-zirujauaren kontsultara joan zen, proba horietan aurkezteko zein aukera zituen jakiteko asmoz.

2019ko otsailaren 28ko txostenaren bidez, bere kasuaren jarraipena egiten zuen Osakidetza mediku arduradunak adierazi zuen makulu batekin oinez ibiltzeko aukera zuela, baina ezingo zituela deialdiaren oinarrietan adierazitako proba fisiko horiek egin.

Txosten horri dagokionez, kexagileak proba fisikoen atzerapena eskatu zuen, eta hori ukatu zitzaion. Gaitzespen horren aurkako gorako errekurtsioa aurkeztu ondoren, kalifikazio-epaimahaiak hirugarren ariketan (berriz ere idatzia) parte hartzeko baimena ematea adostu zuen.

2019ko martxoaren 25ean kexagilea proba fisikoen deialdira joan zen prozesuan parte hartu nahi zuela erakusteko, nahiz eta momentu horretan ezinezkoa zuen aipatu probak egitea.

Bestalde, prozesu horretan bertan, beste pertsona baten proben atzeratzeko eskaera bat (haurdunaldi arriskutsua zuelako) onartu zen.

Deialdiaren oinarri orokorren zazpigarren oinarriak honako hau xedatzen du: *"Hautagaiei ariketa bakoitzerako deialdi bakarra egingo zaie eta bertaratzen ez direnak baztertuta geratuko dira"*. Hala ere, ondorio horretarako bi salbuespen aurreikusi zituen: bata generikoa (behar bezala justifikatutako kasuei eta



epaimahaiak libreki balioetsitakoa); bestea, espezifikoa (behar bezala egiaztatutako haurdunaldi edo erditze arriskutsuen kasuan, probetara aurkeztu den pertsonetako bat hautaketa-prozesuan parte hartzea edo ariketaren bat egitea ezinezkoa duelako).

2. Erakunde honek aurretik jasotako eta antzeko aspektuak zituzten beste kexa batzuen analisiak kontuan harturik jasotako erabakiak Bizkaiko Foru Aldundiari jakinarazi zizkion.

Illo horretatik, adierazi zen kexa horrek eragin zuen uzia erabaki horien arabera aztertu beharra zegoela (behar bezala justifikatuak eta salbuezpenezko egoera jakin batzuetan bakarrik; behar bezala arrazoituak baldin badira bakarrik) eta ad hoc irtenbideak ezartzea eska daiteke. Irtenbide horiek deialdi bakarra aldentzea ekar dezakete eta prozesuan parte hartzen duten gainerako pertsonen dagokionez, pertsona kaltetuek baldintza berdinetan parte hartzea bermatu beharko da.

Azkenik, kexagileak egindako bigarren ariketarako atzerapen eskaera atzera botatzea aztertu ahal izateko informazioa eskatzen zen. Kontuan hartu beharrekoa da deialdiaren oinarriek espresuki (betiere inguruabar jakin batzuen aurrean) horrelako atzerapenak adostea ahalbidetzen zutela.

3. Erantzun modura, Foru-Administrazioak txosten bat helarazi zuen erregimen juridikoaren eta Funtzio Publikoaren zuzendari nagusiak sinatuta. Idazki horretan etorkizuneko deialdiei begira gaia aztertze konpromisoa azaldu arren, kexagilearen uzia onartzeko bere desadostasuna agertzen zuen. Hori justifikatzeko erabilitako argudioen laburpena honako hau da:

- Proben arduraduna zen epaimahaiak (konkurrentzia libreki baloratzeko ahalmena duelako, eta Su Itzaltze eta Salbamendu Zerbitzuetarako kategoria guztien epaimahai guztien jarduketa jarraituta) ez zuen (duen askatasun horren barnean) probaren atzerapena ekar zezakeen ezinbesterik ikusi.

Hori izan da Bizkaiko Foru Aldundiaren epaimahai guztien jarduketa denboran zehar proba fisikoak egiteari dagokionez. Beti eta kasu guztietan.

Ezinbestea alde batera uzten da, ez proba fisikoetan bakarrik, baizik eta edozein beste deialditan (deialdi mota edozein izanik). Ez da inolako kasutan salbuespenik egiten; Bizkaiko Foru Aldundiaren jarduketa homogenea eta zentzuzkoa egiteko printzipioa jarraitzen dela ulertzen delako.

Horrela, oinarrietan emandako ahalmenari dagokionez, erabakia bidegabekeriak hartu dela argudiotzat erabiltzea ekiditen da. Gainera, sisteman parte hartzen duten pertsona guztien segurtasun juridikoa bermatu nahi da. Izan ere, ezinbestea beti izan daiteke interpretazioari lotutako gai bat.





- Prozesuan parte hartzen zuen beste pertsona horri baimendutako atzerapenaren kasua oso bestelakoa zen. Lehenik eta behin, arriskuko haurdunaldia eta erditzea oinarrietan aurreikusitako egoera zelako, beraz, epaimahaiaren jarduketa nahitaezkoa zen eta ez libre baloratutakoa.

Baina, aldi berean, ekintza positiborako neurria zelako, otsailaren 18ko EAEko Emakume eta Gizonen arteko berdintasunerako 4/2005 Legean eta martxoaren 22ko Emakumeen eta Gizonen Berdintasun Eragingarrirako 3/2007 Lege organikoan oinarrituta. Gainera, publikoa eta nabarmena da, eta kexagileak ezagutzen du.

Eta, batez ere, 2014ko martxoaren 14ko Auzitegi Goreneko (Administrazioarekiko Auzien Sala) Epaiaren arabera, erditzea eta haurdunaldia ez direlako ezinbeste modura jotzeko gaiak, baizik eta sexu arrazoiengatik egindako diskriminazioari dagozkionak.

4. Ondoren, Arartekoak idazki berri bat egin zuen. Bertan aurreko informazio-eskaeran aurreratzen zituen argudioak azpimarratzen zituen. Horrekin batera, jasotako erantzunak aipatzen zituen gaiei buruz sakondu nahi zuen.
5. Azkenik, Bizkaiko Foru Aldundiak erregimen juridikoaren eta Funtzio Publikoaren zuzendari nagusiaren txosten berria helarazi zuen. Txosten horrek (aurretik adierazitakoaz gainera) honako arrazoi hauek gehitu zituen:
  - Azkenean, kexagileak oposizio faseko bigarren ariketarako atzerapen-eskaera jasotzeko baimena ukatu zitzaielako horren aurka jarritako gorako errekurtsioa gaitzetsi zen (2019ko ekainaren 25eko Foru Aginduen bidez).
  - Oinarriek ez dute ezinbestea deialdi bakarraren salbuespen gisa aipatzen. Aldiz, bai aipatzen dira behar bezala justifikatutako kasuak eta epaimahaiak libreki balioetsitakoak. Hala ere, aztertutako kasuan ezinbestea agertzen duen egoerarik ez da ikusten.

Kode Zibileko 1105. artikuluan ezinbestea aurreikusi ezin den, edo saihestezina den gertaera moduan deskribatzen da. Jurisprudentiaren arabera, ezinbestea ezohiko gertaerek mugatzen dute. Gertaera horiek nahitaezkoa den jarduketaren eremutik kanpo daude. Aldi berean, pertsona kaltetuarenak ez dira eta, beraz, apartekoak dira; gainera, pertsona horrek arreata izateko eginbeharra bete beharko du.

Hala ere, interesdunaren lesioa pertsona orok egunerokotasunean bizi beharreko arriskuen ondorioa baino ez zen izan. Horrela inork ezin ditu honako hauek ez aurreikusi ez saihestu (egunerokotasunean eta arrazoi edozein delarik): kalean doala lurrera erortzea, etxean edo lanean istripu bat gertatzea, trafiko istripua, edo kirola egitean gertatutako lesio bat; horiek





guztiak edozein pertsonaren egunerokotasunaren parte diren zoritxarrak baitira.

- Kexagileak izan zuen istripua proba baino askoz lehenago gertatu zen, beraz, ezingo da ezinbeste moduan hartu. Horretarako, istripu hori berehala edo proba egiteko oso hurbileko egunetan gertatzea beharrezkoa zen. Hortaz, ez zen salbuespenezko egoera bat izan, zoritxar bati erantzuna eman zion arrisku konkretua baizik, eta, gainera, parte hartzen duten pertsona guztiek jasan dezaketena.
- Aztertutako jarduketak ez du kargu eta funtzio publikoetan sartzeko aukera berdinak izateko eskubidea urratzen. Sarbidea parte hartzen duten pertsona guztientzat berdina izango dela bermatu da eta (Konstituzio Auzitegiaren otsailaren 25eko 30/2008 Epaia xedatutakoaren arabera).
- Arartekoaren idazkian arrazoitutako zenbait epai haurdunaldia, erditzea eta erditze-ostekoa baino lehenagokoak dira (diskriminazio gisa hartutakoak dira eta ez dago ezinbesterik). Beraz, haurdunaldiaren eta erditzearen kasuetan baino ez dira aplikagarriak.
- Hautaketa-prozesua bukatu da, merituen faseko errekurtsioak egiteko epea bukatzeko esperoan. Bestalde, kexagileak jarritako gorako errekurtsioa gaitzetsi zuen Foru Agindua irmoa da eta oraindik indarrean jarraitzen du.

### Gogoetak

1. Aldundiaren Su Itzaltze eta Salbamendu Zerbitzuan funtzionario modura hiru lanpostu betetzeko egindako deialdiaren hautaketa-prozesuan barneko oinarrietako zazpigarrenak hau aipatzen du hitzez hitz:

*“Hautagaiei ariketa bakoitzerako deialdi bakarra egingo zaie eta bertaratzen ez direnak baztertuta geratuko dira, behar bezala frogatu eta epaimahaiak aintzat hartu ezean”*

Bizkaiko Foru Aldundiaren eskutik jasotako informazioaren arabera, hautaketarako probak egiteko arduraduna zen epaimahaiak hartu zuen erabakia jarduketa iraunkor eta homogeenok kokatzen da; jarduketa hori da epaimahai guztiek denboran zehar jarraitu dutena proba fisikoak (edo edozein motakoak) dituzten kategoria guztietan.

Horrenbestez, ezinbesteko kasurik ez litzateke egongo, ez kexa honetan aztertutako egoeran eta ez beste egoera batean; izan ere, txostenak dioen moduan, “kasu guztietan gordeko litzateke beti” edozein hautaketa prozesuren edozein proba atzeratzeko eskaera ez onartzeko erabakia, salbuespenik gabe.





Erakunde honen aburuz, onartezina da hautapen prozesuetan parte hartzen dutenek aurkeztutako eskaerak sistematikoki ez onartzea, probetan parte hartzea eragozten dieten egoerei dagokienez.

Nolanahi ere, administrazioak hartutako erabakia justifikatu arren, azaldutakotik ondorioztatu behar da (askatasun hori gauzatu aurretik) erabaki horrek erantzuten diola epaimahaiaren edozein aukera autonomoren gainetik jartzen den irizpide orokorrari; izan ere, txostenak ziurtatzen du jarduteko era horrek lehiaketa prozeduretan Foru Aldundiak duen jarduketa homogoneoaren eta zentzuzkoaren printzipio bati erantzuten diola.

Etengabeko ukatze horrek deialdiko oinarriaren aurreikuspena edukiz husten du, hark onartuko bailuke ezinbesteko kasua egiaztatu duten egoerak aintzat hartzea; bestalde, erabakia ez dagoela arrazoituta argi uzten du, behar beste oinarrituta egoteko, kasu bakoitzean dauden egoerei erreparatu beharko zielako beti, eta ez zen aurrez erabakitako posizio orokor batetik tratatuko.

Ildo horretatik, erakunde honek aztertu ahal izan ditu hautaketarako probetako deialdietan aurreikusitako ariketa zehatz batzuetan parte hartu ezina jasotzen ziren beste zenbait kasu, amatasun eta osasun inguruabarren ondoriozko kasuak, besteak beste.

Horiek horrela, aipatu 2010eko urtarrilaren 26ko Ebazpenak 2 honako gogoeta hauek jasotzen zituen, deialdiko oinarriek ezinbestean atzeratzeko aukera aurreikusten ez zuen kasuari dagokionez:

*“Publikoa emateko eta betetzeko prozesuen eremuan, ariketa bat edo gehiago burutu behar denean, deialdia egiten duen administrazioari dagokio burutu beharreko proben oinarri arautzaileak zehaztea. Eta kalifikazio epaimahaiari dagokio ezarpen horiek aplikatzea, ezarpenak zehazteko behar diren erabaki guztiak hartuz, eta prozesuan zehar sortzen diren zalantzak ebatziz.*

*Ebazpen honetan aztertu ditugun hautapen prozesuetan zehar hainbat hautagaik administrazioari alegatu zioten oposizioko ariketara joatea ezinezkoa egin zezaketen gertaerak zeudela eta, horregatik, parte-hartzea mantentzea eta deitutako lanpostuak eskuratzeko aukera berdinak edukitzea ahalbidetuko zuen erantzuna eskatu zuten. Erantzun egoki modura, azterketako eguna edota lekua aldatzea agertu zuten.*

*Planteatutako gaiak ez zuen ezarpenik hautapen prozesuak arautzeko oinarri orokor eta espezifikoeetan. Horien arabera deitu zitzairen hautagaiei, leku, egun eta ordu zehatzetan proba egiteko helburuarekin.*

*Gauza bera gertatzen da ordenamendu juridikoarekin, ez baitago gai hau arautzen duen araudirik. Hutsune horren ondorioz, lan publikorako hautagaien egoera pertsonalak ez du inolako eraginik azterketa egiteko ezarritako lekua eta eguna erabakitzeko administrazioak burutzen duen jardunarekin, hautagaiak alegatutako arrazoiaren funtsa edozein dela ere.*

---

<sup>2</sup> Arartekoaren ebazpena, 2010eko urtarrilaren 26koa. Horren bidez, amaitutzat ematen da hautagaiek oposizioko azterketa beste egun edota leku batean egiteko, deitutako azterketara joatea galarazten dien kausa justifikatua dela-eta OsakidetzaEuskal Osasun Zerbitzuari egindako kexen azterketa.





*Hala ere, ez dago arrazoirik deialdiaren lekua edota eguna aldatzeko eskaera guztiak ukatzeko. Aitzitik, gure ustez eskaera bakoitzak administrazioaren gogoeta berezitua merezi du, esleitu zaizkion gaitasunak burutuz, deialdiak aurrekusi ez dituen gaiak ebazteko eta zalantzak argitzeko. Aurretiko lan horretatik, kasuari egokitutako erabaki egoki eta arrazoitua lortu behar da.*

*Nahitaez, eskaera bakoitzaren analisiak, alegatutako kausaren azterketa izan beharko du. Bertan baloratuko da eskatzen den neurria eskuratzeko kausa nahikoa eta arrazoitua ote den, kausa eskaera egin duen pertsonaren borondatez kontrakoa ote den eta kausaren funtsa, ariketa beste hautagaien baldintza berdinekin burutzea eta bertaratzea galarazteko modukoa ote den. Probaren egitura edo ezaugarriak eta prozesuaren garapen arruntari buruzko gaiak ere aintzat hartu behar dira. Horrela, neurriak ez ditu prozesua eta beste parte hartzaile guztien eskubideak kaltetuko.*

*Banan-banan aintzat hartzearen lana ez da nabaritzen gure esku-hartzeak hizpide duen eskaeretan.(...)”*

Beraz, Arartekoaren ustez, hau bezalako gaietan interpretaziorako ahalmena dagoen gaietan hain zuzen ere, administrazioaren jarduna ezin da mugatu haiei buruz egindako eskaera guztiak era unibertsalean ukatzera, eta kasu bakoitzeko egoera berezi guztien behar bezalako azterketa eta balorazio egokia egitea alde batera utzita.

2. Bizkaiko Foru Aldundiak kalifikazio-epaimahaiak eskaera aztertu zuela berretsi du, eta erabakia deialdiak ematen zion askatasunaren babesean hartu zuela. Gainera, jarduketa horren asmoa parte hartzen duten pertsona guztien segurtasun juridikoa bermatzea dela adierazi du. Era berean, nabarmendu du ezinbestea interpretazioari lotutako gaia izanik, atzerapenen bat onartzeko kasuan, segurtasun juridikoaren gabezia sortzen dela. Aldiz, eskaerak ez onartuz gero, lortzen dena da pertsona guztiek jakitea deialdira aurkezten diren pertsonak direla parte hartuko dutenak.

Horri dagokionez, ezin da ahaztu deialdiaren oinarriek epaimahaiari ahalmena ematen diotela pertsona batek ariketa bat egiteko deialdi horretara ez aurkezteko, eta hori gertatzen baldin bada, inguruabarrak zeintzuk izan diren baloratzeko. Hala eta guztiz ere, erakunde honen ustez, egiaztapen hori ezin da edozein interpretazio egiteko askatasun absolutu moduan ulertu, eta ezingo da inguruabar horiek egiaztatu ezin direla a priori erabakia hartu.

Oro har, justizia auzitegiek behar bezala justifikatutako ezinbestea gertatzen den kasuak deialdi bakar baten aurrean onartutako salbuespena direlako tesia defendatzen dute. Balorazio horretan hautaketarako atalek arrazoizko erabakiak eta, aldi berean, erabaki logikoak hartu beharko dituzte.

Horri dagokionez, justizia auzitegiek honako iritzi hau eman izan dute: hautapen prozesuetako epaimahaiak askatasuna dutela ezinbesteko kasua kontzeptu juridiko zehaztugabea delako, arrazoen katalogo tasatu bat ez dagoelako; hortaz, interpretaziorako tarte hori beren funtzioa bete ahal izateko elementu guztiz zehatza da.



Hala eta guztiz ere, berdin ohartarazten dute horrelako egoerak egiaztatuz gero, epaimahai horiek berak atzerapena onartu beharko luketela.

Horiek horrela, honako epai hauek adierazgarriak dira (azpimarratutakoak gureak dira):

- **2009ko apirilaren 27ko epaia, Auzitegi Gorenarena (administrazioarekiko auzien sala, 7. atala):**

*“En este escenario, la sentencia examina la base 6.2.4. y concluye de la manera conocida. Debe observarse que subraya el carácter involuntario de la circunstancia aducida por la recurrente y que reconoce que le impide físicamente realizar en condiciones de igualdad con los demás aspirantes la segunda prueba. A todo ello añade que el de fuerza mayor no es un concepto predefinido en la base mencionada y que su concurrencia no puede quedar al arbitrio administrativo. Se trata, pues, de un elemento que media o no y su apreciación ha de hacerla el tribunal calificador atendiendo a las peculiaridades del caso. Naturalmente, esa amplia habilitación no le autorizaba a actuar arbitrariamente, desentendiéndose de los datos que le habían sido puestos de manifiesto ni del contexto en que se aducían y, por eso, la sentencia, haciendo efectivo el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, anula su resolución e impone la que estima procedente.*

*La anterior exposición tiene sentido porque para dirimir una controversia como la que se nos ha planteado --si se apreció correctamente o no la concurrencia de fuerza mayor-- son decisivos los hechos. En efecto, no puede pasarse por alto que no hay una relación tasada de supuestos de fuerza mayor que impidan la exclusión de los aspirantes que no se presenten a las pruebas el día y hora señalados. Por eso, las bases conceden plena libertad para apreciar cada caso al tribunal calificador. Pues bien, en las singulares circunstancias que aquí se dieron, median los rasgos de involuntariedad e inevitabilidad y lo que, en realidad, se discute es si, además, las consecuencias de la episotomía a la que la Sra. Tamara fue sometida durante el parto le impedían realizar la segunda prueba. La sentencia asume que así era porque produjeron un impedimento físico para realizar una prueba de larga duración en condiciones de igualdad con los demás aspirantes. De esta manera, atiende a los criterios jurisprudenciales que han venido caracterizando los supuestos de fuerza mayor.”*

- **Otsailaren 1eko 71/1997 Epaia, Aragoiko Justizia Auzitegi Nagusiarena (administrazioarekiko auzien sala):**

*“Aduce de contrario la demandada en términos de mejor defensa, la doctrina del Tribunal Supremo y Constitucional en torno a la discrecionalidad técnica de los órganos dedicados a calificar los concursos y oposiciones de la Administración, que esta Sala por otro lado, no contradice en el presente caso. Sin embargo, no es ésta la cuestión que en el presente caso se aduce, sino la relativa al concepto jurídico indeterminado de «Fuerza Mayor», criterio en base al cual la demandada, pese a la prueba que aporta y que no puede ser otra que la de un parte médico debidamente extendido en forma, donde se detalla la anomalía física que constituye la lesión que le imposibilita material y objetivamente a la realización del primer ejercicio, consistente en la reproducción a máquina durante diez minutos del contenido de un texto propuesto por el Tribunal, y que a tenor de la base 6.2.1 de la convocatoria, «se valorará el número de pulsaciones y su ejecución correcta, penalizándose tanto los errores mecanográficos como la omisión e incumplimiento de las normas de realización del ejercicio», exigiéndose además una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, y que no obstante, ante la imposibilidad física, real y objetiva debidamente acreditada, no estima como un supuesto de Fuerza mayor, y en consecuencia le niega la posibilidad de su práctica en días posteriores, lo que no hubiera*

*ocasionado ninguna alteración para el desarrollo del mencionado ejercicio, dado que la fecha del inicio del mismo, como está acreditado, correspondía al 15 de mayo, y el escrito solicitando el referido aplazamiento lo entregó la hoy recurrente personalmente a la Secretaría del Tribunal, el día 10 de mayo. Y todo ello, en virtud del criterio seguido de forma permanente por el mencionado Tribunal a efectos de desestimar cualquier petición de cambio de turno o de aplazamiento de similares características, tal y como consta en Acta núm. 4 de 11 de mayo de 1994 del Tribunal Calificador.*

*Frente a dicho acto de la Administración demandada y absolutamente desproporcionado, esta Sala goza de competencia para proclamar su nulidad en virtud del principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del Ordenamiento Jurídico, dado que no es permitido y menos aún en el ámbito del Derecho confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, como es el caso, dictando un acto que además de lesivo en cuanto a los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, que deben de presidir los concursos a través de los cuales la Administración selecciona a su personal, resulta de contenido indeterminado.*

*A mayor abundamiento, su decisión ni se encuentra razonada ni es fundada por lo que obró arbitrariamente, al no haber realizado una correcta valoración del supuesto en cuestión, ni haber apreciado debidamente el elemento de convicción, por lo tanto, está llamado por injustificado a su revocación por este Tribunal.”*

• **Maiatzaren 14ko 576/2003 Epaia, Gaztela eta Leongo Justizia Auzitegi Nagusiarena, (administrazioarekiko auzien sala, 1. atala):**

*“TERCERO.- Expuestos los términos en los que ha quedado tablada la presente litis, la cuestión clave de este recurso puede centrarse en determinar si en aplicación del artículo 37 de la Orden de 4 de abril de 1.997 concurría en la recurrente causa justificada, suficiente y adecuada para acordar el aplazamiento de la fecha de las pruebas de la fase de oposición.*

*El citado artículo 37 establece lo siguiente: “Los aspirantes serán convocados para sus actuaciones ante los tribunales en un único llamamiento, es decir, los aspirantes convocados para cada día, deberán estar presentes a la hora fijada por el tribunal como inicio de las actuaciones, siendo excluidos del concurso-oposición quienes no comparezcan, salvo en los casos de fuerza mayor debidamente justificados y apreciados por el tribunal. A estos efectos, los convocados para un ejercicio colectivo deberán hacer su presentación ante el tribunal en la hora y fecha fijadas en los llamamientos. En caso de pruebas individuales, los aspirantes convocados para cada día deberán estar presentes a la hora fijadas por el tribunal como hora de inicio de las actuaciones”.*

*A la vista del tenor de la base, lo primero que ha de advertirse es que el supuesto de fuerza mayor a que la misma se refiere no puede ser entendido como la plasmación de la concesión de una facultad discrecional que se atribuye el Tribunal Calificador, sino que, por el contrario, el mismo encierra un auténtico concepto jurídico indeterminado. Y tal distinción importa, pues si bien, ciertamente, con tal concepto se alude a una realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, por lo que se requiere una determinación en el momento de su aplicación, sin embargo, y esto es lo relevante, el mismo sólo admite una solución justa, lo que no sucede con la potestad discrecional, que permite a la administración elegir libremente entre varias alternativas justas, o entre indiferentes jurídicos.*

*En el mismo sentido interesa señalar, como nos recuerda nuestra jurisprudencia, que la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, pues aquélla viene obligada a la única decisión correcta después de valorar los hechos probados. Los conceptos jurídicos indeterminados*



*tienen una indudable naturaleza reglada, lo que excluye toda discrecionalidad -sentencias del TS. de 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1996- aunque en su aplicación haya de reconocerse un cierto margen de apreciación.*

*La segunda precisión que ha de hacerse, como ya entendió la Sala en un supuesto análogo al presente, concretamente la sentencia de fecha 23 de noviembre de 1.999 a la que nos referiremos después, es que no hay que entender el concepto "fuerza mayor" en un sentido técnico ("en un sentido estricto" se dice en dicha sentencia), sino como "sinónimo de impedimento involuntario (ajeno al aspirante y que le obstaculiza acudir a la prueba)".*

*Partiendo de las anteriores premisas, la conclusión para la cuestión planteada no puede ser otra que la de considerar que concurrió en la demandante causa justificada suficiente para obtener el aplazamiento de las pruebas, pues, como se dijo en dicha sentencia, la misma no pudo prever "con total exactitud o detalle cuándo va a acontecer el parto". Además de ello, la recurrente también cumplió con el deber de diligencia que le era exigible, ya que se ha acreditado que comunicó a la presidenta del Tribunal la causa de la imposibilidad de la comparecencia, solicitando al mismo tiempo el aplazamiento.*

*CUARTO.- Aún a riesgo de ser reiterativos, y como ya hemos adelantado, interesa referirnos a la sentencia Sala de fecha 23 de noviembre de 1.999, dictada en el recurso contencioso 864/1.995, por cuanto la misma contempló precisamente el caso de una mujer embarazada que no pudo comparecer a las pruebas por tener que ingresar en el hospital el día del examen. Dicha sentencia estimó la pretensión de la demandante de ese recurso por entenderse que la misma en el momento de celebración del primer ejercicio estaba incurso en situación de "fuerza mayor" que le impedía comparecer, todo ello conforme a la base 7ª que regulaba la convocatoria. Por ello no es ocioso reproducir aquí parte de su fundamentación jurídica:*

*"La pretensión formulada por la demandante descansa en la alegación de que al momento de celebración del primer ejercicio de la oposición estaba incurso en una situación de fuerza mayor que le impedía acudir a dicho ejercicio; por ello y con invocación de la base 7ª de la convocatoria del proceso selectivo postula la anulación de los actos recurridos y el reconocimiento del derecho a ser examinada".*

*Planteada así la controversia, entendió la sala que para resolver el recurso "es indispensable acudir a su ley reguladora, esto es, a las bases de la convocatoria que tienen aquel valor y fuerza vinculante conforme a lo prescrito en el artículo 2 del RD. 2223/1984, de 19 de diciembre, entonces vigente según reza la base 13. De ellas y tal como convienen demandante y demandado, tiene importancia la base 7 en el párrafo segundo, que excepciona de ser excluido de las pruebas al aspirante que sin haber comparecido- esté en un supuesto de fuerza mayor.*

*Entonces, lo que en este proceso debe ser tratado es si la recurrente, en la situación de hecho alegada y que debe estar probada, puede quedar amparada por aquella base".*

*La Sala, en dicho proceso, constató lo siguiente: a) que "con la documental acompañada con el escrito de demanda queda acreditado que Dª Mercedes estaba embarazada y... un día antes de ser citada para la primera prueba fue ingresada en un hospital, donde el día (siguiente) tuvo un parto y en donde permaneció los cuatro días siguientes"; y b), que "el expediente y los escritos de demanda y contestación demuestran que el órgano selectivo tuvo conocimiento de este hecho un día antes del previsto para la primera prueba, mediante comunicación verbal a su Presidente".*

*Entendió entonces la Sala que tales hechos tienen "entidad para constituir un supuesto de fuerza mayor, pues ese término no se emplea en un sentido estricto en la base 7ª, sino como sinónimo de impedimento involuntario (ajeno al aspirante y que le obstaculiza acudir a la prueba) y el mismo concurre en la demandante, quien no puede prever con total exactitud o detalle cuándo va a acontecer el parto y quien por razones obvias de salud debe permanecer en un hospital unos días después del alumbramiento"; así como que "la referida partícipe cumplió con su deber de diligencia, pues avisó de la causa que*

*no le posibilitaba acudir al examen antes de que ese se celebrara". Y de ello concluyo que "el Tribunal no respetó o no dio cumplimiento a la base 7ª de la convocatoria, quedando incluida su actuación en la hipótesis del artículo 63.1 de la ley 30/1992, del procedimiento administrativo común". La sentencia, en aplicación de los artículos 81.1.b), 83.2 y 84 de la LJCA. de 1956 estimó la pretensión deducida, bien que quedando a salvo "los derechos de los que han participado en las pruebas y las han superado y ello a los efectos de que la puntuación que han conseguido debe ser respetada."*

• *Otsailaren 11ko 121/2005 Epaia, Kataluniako Justizia Auzitegi Nagusiarena (administrazioarekiko auzien sala, 4. atala):*

*"Señala la demandada que los tribunales calificadores son los encargados y competentes para determinar si el supuesto que se les plantea dentro del proceso selectivo puede constituir fuerza mayor, y, ello, de acuerdo con las bases de la convocatoria. Sin embargo, tampoco es esta la cuestión porque la convocatoria no contiene un concepto de «fuerza mayor», como erróneamente mantiene la demandada, sino solo que únicamente valoraran si concurre. El tribunal efectúa una interpretación del concepto jurídico indeterminado de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia de los tribunales de justicia y, según ella, encaja o no el supuesto. Por tanto, ese concepto jurídico indeterminado no concede al tribunal una facultad discrecional de definición entre varias posibilidades todas ellas justas, sino solo admite una solución justa, después de valorar los hechos ante los que se encuentra. Los conceptos jurídicos indeterminados tienen una indudable naturaleza reglada, y, por tanto, controlable por los Tribunales de Justicia, en tanto que únicamente cabe adoptar una solución justa.*

*Partiendo de estas premisas, la conclusión para la cuestión planteada no puede ser otra que la de considerar que concurrió en la demandante con su solicitud de posposición de la realización de la segunda prueba prevista para el día 4 de marzo de 2000 una causa justificada y suficiente para obtener el aplazamiento, a la vista de los informes médicos presentados por la actora señalando los problemas físicos consecuentes a un parto en fecha muy próxima, el 23 de febrero de 2000. El tribunal, admitió esos informes, que manifestaban «molestias e inflamaciones de una episiotomía», no requirió a la actora para que compareciese a subsanar la petición de aplazamiento o valoró con contrainformes propios esos informes presentados tanto por su tocólogo como por el facultativo de la Seguridad Social. Actuó la recurrente con total diligencia, a la hora de manifestar su situación de «impedimento involuntario» a la realización de la prueba, que se manifestaba larga, si tenemos en cuenta, no sólo el tiempo estricto de duración, sino también las esperas intermedias para su realización así como los desplazamientos. Tampoco el Tribunal tuvo en cuenta este último condicionante de la segunda prueba, que efectivamente se revelaba como revelador de un desgaste al que la actora no podía afrontar debido a su situación física. Y, el deber del Tribunal no se entendió cumplido con el otorgamiento de un lugar privado para amamantar a su hija y dotado de servicios médicos, porque ese no constituía el supuesto. El supuesto lo constituía la imposibilidad física de afrontar la realización de la segunda prueba en condiciones de igualdad que los restantes aspirantes, a la vista del deterioro que supone lo considerado por el informe.*

*La Administración demandada dictó un acto que además de lesivo a los principios constitucionales de mérito y capacidad, que deben presidir los concursos a través de los cuales la propia Administración selecciona a su personal, no se encuentra fundamentado, al haber obrado arbitrariamente, que no discrecionalmente. No realizó una correcta valoración del supuesto en cuestión, denegando el aplazamiento ante la situación de impedimento involuntario en el que se encontraba la actora."*

Bestalde, erakunde honek badaki hautaketa-prozesu batean atzerapena onartu ahal izateko baldintzak bete behar direla, eta horretarako, kasu bakoitzeko



inguruabarren balorazio espezifikoa burutzeko lan egin beharko dela. Aldi berean, kontuz ibili beharko da segurtasun-gabezia ez eragiteko, eta parte hartzen duten pertsona guztien eskubideak urratu gabe jarduteko (horiei kalterik egin gabe); horrekin batera, ezingo da ahaztu pertsona kaltetuak ere eskubiderik baduela.

Lehen aipatu 2010eko urtarrilaren 26ko Ebazpenak hau xedatzen du:

*“Gure planteamenduaren abiaburua da salbuespeneko egoera zehatzen aurrean zuzentasunez jarduteak ad hoc konponbideak hartzea ekar lezakeela gain hartzeko beharra. Konponbide horiek deialdi bakarra banatzea eragiten dute, betiere, salbuespen moduan eta lanpostu publikoak eskuratzeko edo emateko azterketak egiterakoan egun eta leku unitateak duen erabilgarritasuna ahaztu gabe.*

*Ideaia hori barneratzeko, era berean, deialdi bakarraren eta segurtasun juridikoa eta berdintasuna kaltetutako edo arriskuzko egoeran jartzearen artean egin ohi dugun lotura ukatu behar dugu.*

*Hain zuzen ere, nahigabeko edo zuzenbidearen aurkako egoera hori sortzea ekiditeko, herri administrazioak, hautapenerako organo egokiaren bidez, azterketaren deialdiko eguna eta lekua aldatzea dakarren eskaera bakoitza sakon aztertu behar du.*

*Eskaeran kausa edo alegatutako arrazoia ebaluatu behar dira. Behin-behineko neurri baten salbuespeneko izaerari dagokion moduan, arrazoi guztiek ez dute erantzun baiezerik merezi.*

*Alde horretatik, aintzat hartuta ez dagoela hori onartzea ekartzen duen arrazoen zerrenda mugaturik, justizia auzitegiek aztertutako kasuek eska daitezkeen ezaugarriak ezartzea ahalbidetzen digute: alegatutako inguruabarrak babes juridikoa merezi duen ondasurean du eragina, izaera eragozlea du eta saihestezina da. Ezin da beti eskatu egoera aurretik jakin ezina izatea. Izan ere, eragozpen bat aurreikusteko aukerak ez du nahitaez egoera saihesgarri bihurtzen.*

*Trataera desberdin hau eskatzen duen pertsonari dagokio gertaerak modu egokian eta nahikoa alegatu eta justifikatzea. Horretarako, argudiatutako arrazoiari buruzko txosten medikoak edo agiriak emango dira, eta horrek ez du alde batera utziko kalifikazio epaimahaiak egoki irizten dituen nahi adina elementu frogagarri biltzea.*

*Eskaera ebazteko prozesuan, azterketari buruzko datuak ere aintzat hartu beharko dira (modalitatea, diseinua, gai-zerrenda...) eta, horrela, azterketa atzeratzea edo beste leku batean egitea, beste hautagaiei deialdian eskatzen zaizkien jakintza maila eta edukiari lotuta egongo dira.*

*Hautapen eta esleitze prozesuek lehiakortasuna ezaugarri dutenez, partaide guztien legezko interesak babesteak eta prozeduraren helburu egokia babesteak hainbat muga dakartza inplizitu. Aurreko gogoetan aipatutako epaietan Auzitegi Gorenak adierazi digun moduan, ezin da proba bat epe zehaztugabea atzeratu ezta arrazoizkoa denetik kanpo hautapen prozesua atzeratuko luken epe batean.*

*Horren bidez ondorioztatzen da, erabaki zuzena hartzea zuhurtzia handiz egin beharreko lana dela. Lan hori zuzena izango da arrazoizko argudio logikoak oinarrian dituen neurrian; izan ere, azken batean, administrazioko jardunak arrazoitzeko betebeharra aplikatzea eta arbitrariotasuna debekatzea baina ez da.*

*Badakigu oinarri arautzaileetan ezarpen bat jartzeak prozeduraren segurtasuna eta argitaratzea beti hobetzen dituela, interesdun guztiek aurretik jakingo bailukete azterketa egiteko batasunean salbuespenak egoteko aukera dagoela.*

*Hala ere, ez dugu bidezkoa ikusten oinarrietan ezarpen falta hori dagoela edo izaera tinkoa eta mizkea duela argudiatzea eskaera oro ez onartzeko, eskaeraren garrantzia eta alegatutako gertaerak direnak direla ere. Gai hau tratatzerakoan, berdintasunaren printzipioa jokoan dago. Berdintasunaren printzipioak hautagai guzti-guztiak babesten ditu eta, hortaz, deialdiko araudian ezer ez aipatzea ez da eragozpena izan behar eskaera aztertzen hasteko eta ebazteko."*

3. Deialdiak ez du espresuki zehazten (zentsu zorrotz batean) ezinbesteko kasurik egon behar denik, baina bai deialdi bakarrera ez aurkeztea eragin dezaketen inguruabar jakin batzuk agertu behar direla. Kontuan hartu beharrekoa da jurisprudentziak bere analisiak bideratzeko egoera gehienak hain zuzen ere ezinbesteko kasuei dagozkienak direla, eta, betiere, egintza bat burutzeko egoerak nahi gabekoak eta halabeharrezkoak izan beharko direla.

2009ko irailaren 23ko Auzitegi Gorenaren Epaia (Administrazioarekiko Auzien Sala, 7. atala) gaiari buruzko analisia jasotzen du. Analisi horretan Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia eta Foru Aldundia sartzen dira. Analisi horren arabera, ezinbestea ohikoak ez diren inguruabarrekin (eragilearekin zerikusirik ez duena) pareka daiteke. Betiere, inguruabar horiek halabeharrezkoak badira (edo horiek saihestea sufrimendu handia dakarren kasuetan), eta arrazoizko eginbide baten bitartez justifikatzen badira.

Horiek horrela, Auzitegi Gorenak errekurtsoa eragin zuen gertaerari (trafiko arazoak direla eta azterketa batera berandu aurkeztea hain zuzen ere) ezinbesteko kasua ez aplikatzea erabaki zuen. Hala ere, aurkeztutako kasua gaixotasun bat izango balitz, onargarria litzatekeela adierazi zuen. Zehazki, honako hau adierazten zuen:

*"En efecto, la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 23 de junio del año 2003 y de fecha 24 de diciembre del año 2001 , examinan la fuerza mayor desde la perspectiva de la inevitabilidad del hecho que la integra, diciendo: "SEXTO.-El concepto de fuerza mayor recogido en nuestro Código civil no ha sido interpretado siempre de forma unánime por la jurisprudencia, que ha requerido mayoritariamente un elemento de externalidad en la producción del suceso imprevisible o inevitable. Salvada esta circunstancia, no puede decirse que dicho concepto, que responde a una de las categorías generales de la teoría del Derecho, sea sustancialmente distinto del que aplica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al afirmar que consiste en las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores. NOVENO.-El concepto de fuerza mayor aplicable en relación con la normativa comunitaria cuyo incumplimiento se considera exige la concurrencia de dos requisitos: a) Que el incumplimiento obedezca causalmente a una circunstancia anormal, ajena al operador y a los riesgos comerciales normalmente asumidos, cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos. b) Que se haya procedido con la diligencia razonable para evitar las consecuencias de la fuerza mayor o para paliarlas en lo posible. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1984, asunto "F., SA" contra Comisión de las Comunidades Europeas, declara que resulta de*



*jurisprudencia constante del Tribunal que la noción de fuerza mayor se refiere esencialmente, abstracción hecha de las particularidades de los sectores específicos en que se aplica, a circunstancias extrañas que hacen imposible la realización del hecho de que se trate. Aun cuando no supone una imposibilidad absoluta, exige sin embargo que se trate de dificultades anormales independientes de la voluntad de la persona y que aparezcan como inevitables aunque se hayan adoptado todas las prevenciones útiles."*

*Aplicando los criterios expuestos al supuesto que ahora es objeto de examen, la Sección considera que la noción de fuerza mayor no comprende una situación como la del caso que ahora nos ocupa, puesto que la actora, con la necesaria diligencia y previsión, esto es, habiendo salido con más antelación, solo diez minutos antes que es lo que justifica como tardanza de la empresa de autobuses, que en todo caso es un plazo muy pequeño como para ser obviado, o habiendo optado ante el retraso por coger un taxi, por ejemplo, hubiera evitado llegar tarde, estando por tanto objetivamente en situación de evitar la incomparecencia a la hora indicada. Las situaciones de fuerza mayor hacen referencia a otros supuestos, tales como por ejemplo una enfermedad, una catástrofe, o el ponerse de parto, como se reconoció en la Sentencia de 23 de noviembre de 1.999, supuestos que no son comparables a un mero retraso de diez minutos en el medio de transporte elegido por la ahora recurrente."*

Aurreko atalean transkribatu den maiatzaren 14ko 576/2003 Epaiak, Gaztela eta Leongo Justizia Auzitegi Nagusiarenak, argi azpimarratzen du horrelako kasuetan "ezinbestea" kontzeptua ez dela zentsu teknikoan aplikatu behar (aurkeztu den pertsonarekin zerikusirik ez duena eta, aldi berean, probara aurkeztea galarazten diona).

Lehen aipatu 2010eko Ebazpenak (urtarrilaren 26koak) ere baldintza horiekin egiten die erreferentzia. Arartekoaren ustez, pertsona kaltetuek probak egiteko atzerapena eskatzeko inguruabarrak behar bezala arrazoitu beharko dituzte:

*"Alde horretatik, aintzat hartuta ez dagoela hori onartzea ekartzen duen arrazoen zerrenda mugaturik, justizia auzitegiek aztertutako kasuek eska daitezkeen ezaugarriak ezartzea ahalbidetzen digute: alegatutako inguruabarrak babes juridikoa merezi duen ondasunean du eragina, izaera eragozlea du eta saihestezina da. Ezin da beti eskatu egoera aurretik jakin ezina izatea. Izan ere, eragozpen bat aurreikusteko aukerak ez du nahitaez egoera saihesgarri bihurtzen."*

Erakunde honek uste du (kexa eragin duen kasu konkretu horretan bertan) pertsona kaltetuarentzat halabeharrezkoak diren eta bere esku ez dauden inguruabarrak (beraz, probak egitea galarazten dizkionak) gertatu direla. Gainera, horiek nahikoa izan beharko lukete berak eskatutako atzerapena onartzeko.

Ondorioz, Foru Administrazioak bere erantzunean emandako gogoetak ezin dira partekatu. Gogoeta horietan kexagileak izandako istripua salbuespenezko egoera bat izan zela adierazten da, zoritxar bati erantzuna eman zion arrisku konkretua, eta, gainera, parte hartzen duten pertsona guztiek jasan dezaketena. Argudio hori argudio oso orokortzat jo da, eta edozein argudio kategoriatan sar daitekeela uste da.

Bizkaiko Foru Aldundiak txosten horretan aipatzen duen berehalakotasunari dagokionez (ezinbesterik dagoen erabaki ahal izateko beharrezkotzat jotzen



duena), ez da ikusi jurisprudentziak arau orokor gisa eskatzen duen baldintza denik. Izan ere, aipatu aspektuak dira (bestereintasuna eta halabeharrezkoa) gertaera definitzen dutenak.

Illo horretatik eta adibide gisa, Gaztela-Mantxako Justizia Auzitegi Nagusiaren 2010eko abenduaren 30eko Epaia (Administrazioarekiko Auzien Sala, 2. atala) aipatu beharra dago. Auzitegi horrek ezinbesteko konkurrentzia onartu zuen (kexa honetan gertatzen den bezala) eta Foru Administrazioak aipatzen duen berehalakotasun hori gertatzen ez zen kasu batean:

*“Es indiscutido que la recurrente sufrió el 18-5-2005 un accidente de circulación a resultas del cual sufrió distintas lesiones, quedando seriamente afectada su mano derecha durante bastante tiempo, y absolutamente impedida para poder escribir durante el mismo.*

*Admitida a la realización de las pruebas en el Proceso Selectivo, puso de manifiesto lo acaecido en el párrafo anterior tanto al Presidente del Tribunal nº 30 en escrito de 16-6-2005, así como al Director General de Personal Docente en escrito de 21-6-2005 y al Delegado Provincial de la Consejería de Educación en escrito de la misma fecha, solicitando en ellos que se le permitiera realizarlo de forma oral al no estar en condiciones de realizarlo de forma escrita.*

*El día 23-6-2005, día de realización del examen, se presentó ante el Tribunal, sin que se le permitiera realizar el examen en la forma pedida.*

*(...) creemos que debieron tenerse en cuenta las circunstancias especiales que concurrieron, y que efectivamente se incardinaban en un supuesto de fuerza mayor (...).*

4. Bizkaiko Foru Aldundiaren txostenak adierazten duenez, ez zen kargu eta funtzio publikoetan sartzeko aukera berdinak izateko eskubidea urratu, sarbide hori bermatu beharra dagoelako, eta prozesuan parte hartu duten guztientzat bermatu delako.

Administrazio horrek aipatu Konstituzio Auzitegiaren 2008ko otsailaren 25eko 30/2008 Epaia ezarritakoaren arabera, Konstituzioaren 23.2. artikulua hauek hartzen ditu barne: batetik, funtzio publikoetarako sarbiderako prozesuaren arauak ezartzen dituzten baldintzak kontuan hartu behar direla, eta bestetik, funtzio publikoetarako sarbidea “berdintasun baldintzetan” gauzatu beharko dela. Horrela, diskriminatzaileak izan daitezkeen sarbiderako baldintzak alde batera utziko dira (edo gizabanakoaren eskubideak urratzen dituztenak) eta prozesu osoan zehar tratu desberdina ere baztertuko da.

Gai horri dagokionez, kontuan hartu beharra dago deialdiaren oinarriek azterketa egiteko orduan atzerapen bat onartzeko aukera (inguruabar konkretuek hala eskatzen zutenean) aurreikusten zutela. Beraz, ez du arrazoizkoa ematen aurreikuspen hori gauzatzeak prozesu horretan partzen hartzen duten pertsona guztiek tratu berdina jasotzeko eskubidea urratzea dakarrenik.

Beste alde batetik, erakunde honek uste du azterketa bat momentu desberdinetan egiteak ez dakarrela aipatu eskubide hori urratzerik, eta bai printzipio horrek dakarren erantzukizuna.



2010eko Ebazpenak (urtarrilaren 26koak) hau aipatzen zuen:

*“Lan publikorako hautagaiek burutu behar dituzten azterketak edo ariketak, deialdi bakarreko formularen bidez egin ohi dira. Argi dago deialdi bakarreko formulak eginkizun garrantzitsua duela interesdun anitz parte-hartzaile dituzten probak antolatzeko eta kudeatzeko garaian. Gainera, deialdi bakarren alde egiten du deialdi mota horrek azterketa deitu duen administrazioari ematen dion laguntzak, hautagai guztien parte-hartzea berdina izan dadin babesteko duen betebeharra betetzeari dagokionez.*

*Alde horretatik, balio handiko mekanismoa da, baina ez da berdintasuna bermatzeko ezinbesteko bidea edo bide bakarra. Ariketa batzuk, beren osaera edo eskatzen dutena dela-eta (ahozko probak, ekipamendu teknikoa erabiltzea eskatzen duen azterketa...) bideraezina da deialdi bakarreko berdintasuna bermatzea, hau da, pertsona guztiek, leku berean eta aldi berean ariketa bera egitea. Egoera horiek, besterik gabe, ez digute prozesuko berdintasuna zalantzan jartzea eragiten. Baina ariketa mota dela-eta, azterketa deialdi bakarren bidez egitea gomendatzen denean ere, denbora eta leku unitate hori hausteak, ohiz kanpoko kasuetan eta behar bezala justifikatuta, ez Dakar berdintasunaren printzipioa halaberrez haustea.*

*Gainera, taldean hautagai guztien parte-hartzeko berdintasunaren printzipioa errespetatzeak ez du bazter uzten pertsona horietako bakoitzak, banaka, oposizioko proba egiteko duen eskubidea gordetzeko betebeharra, deialdira joatea eta azterketa beste hautagaiek dituzten baldintza berekin egitea galarazten dien ustekabeko kausa saihestezinak eragiten dienean.*

*Bi betebeharrak elkartzea ez da lan erraza administrazioarentzat, baina beharrezkoa da, azterketa egitea galarazten duten egoerak justifikatuta daudenean eta salbuespenekoak direnean, horiei erantzuna emateko behar diren baliabideak jartzea. Izan ere, egoera horiek bideratu ezean, eragindako persona prozesutik kanpo geratuko litzateke, bere esku ez dagoen arrazoi bategatik.”*

Justizia auzitegiek ere antzeko iritzia izan dute. Adibide gisa Nafarroako Justizia Auzitegi Nagusiaren (Administrazioarekiko Auzien Sala) urriaren 25eko 971/2005 Epaiaren zati bat transkribatu da jarraian. Bertan aurkeztu den pertsona batek azterketaren atzerapena egindako jatorria berretsi du; horrek berdintasun printzipioak eskatutakoa bete behar duela ulertu da.

*“El decir como hace el TAN [Tribunal Administrativo de Navarra] y los apelantes que la convocatoria para la realización del ejercicio lo es mediante llamamiento único, es evidente; pero añadir que no cabe en ningún caso la realización del ejercicio en diferente momentos, pues ello vulneraría el principio de igualdad, es radicalmente erróneo.*

*El principio de igualdad exige trato igual ante situaciones iguales. En el presente caso no 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 la 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.”*

Epai hori garai aurreko erditzeari erreferentzia egiten dion arren, erakunde honen ustez, horrek ez du ondorio horiek beste kasu batzuetan oinarri dituzten arrazoiak aplikatzea eragozten (deialdiaren barruan azterketa bat egitea galarazten duten inguruabarrak gertatzen baldin badira).

Horregatik guztiatik Arartekoak onartzen du enplegu publikoa baldintza berdinetan eskuratzeak eskatzen duela (proba bat egitea eragozten duten nahi gabeko eta ezinbesteko arrazoiak daudela egiaztatzen denean), inguruabar horiek kontuan hartu beharko direla, izaera bereziarekin, deialdi bakarretik bereizi ahal izateko oinarri gisa; hala, atzerapen bat onartu ahal izango da, kasu bakoitzean dauden elementu guztiak banan-banan eta sakon aztertuz, eta zentzuzko argudio logikoetan oinarritutako arrazoitutako erabakia hartuz.

Kexan pertsona kaltetuak deitua izan zen deialdi horretan proba fisikoak egitea galarazten zion kausa objektiboa agertu zuen. Kausa hori onartu ezean zuzeneko arrazoiak zekarren hautaketa-prozesu horretatik baztertuta geratzeko. Hori dela eta, Arartekoaren ustez, kexagilearen egoera latz hori aintzat hartu beharrekoa zen, eta horri dagokionez pertsona horrek hautaketa-prozesuan parte har zezan hartu beharreko erabakiak hartzeko.

Atzerapen hori, beraz, ezin zen justifikaziorik gabeko tratu desberdin baten seinale izan (pertsona batentzat mesedegarria izanik), horiek guztiak abiatzen diren egoera bakoitzaren baldintzak ez baitira berdinak.

Aldiz, horietako bat kaltetua bada eta gainerako partaideekin batera azterketa ezin badu egin (berari ez dagozkion inguruabarrak edo nahi gabeko inguruabarrak direla eta) luzamendu hori ematea hain zuzen ere hartu beharreko neurria litzateke. Modu horretan, prozesuan parte hartzeko baldintzak ahalik eta gehien hurbilduko dira inguruabar horiek gertatu izan ez balira parte hartzea gauzatzeko beharrezkoa den berdintasun horretara.

Beraz, erakunde honek uste du kexagilearen eskaera aurrez zehaztutako irizpide baten arabera ez onartzeak (zeuden inguruabar bereziei erreparatu gabe) prozesuan parte hartutako gainerako pertsonekin alderatuta, hura desberdintasun egoera batean jarri zuela.

Bestalde, Arartekoak ikustera eman nahi du interpretazioarekin zerikusirik duen edozein zalantza argitu beharko litzatekela sarbideari dagokionez, aipatu berdintasun hori bermatu ahal izateko. Hori bezalako egoeretan arriskuan dauden eskubideek duten garrantzi berezia kontuan harturik eta justizia





auzitegiek 2012ko uztailaren 6ko Epaiaren ildotik ezarritakoarekin ere bai (Administrazioarekiko Auzien Sala, 7. Atala). Horren arabera:

*“Constituye doctrina reiterada de esta Sala y Sección recogida por todas en nuestra reciente sentencia de 17 de junio de 2011 (casación 2724/2009, F.D. 5º), así como en las de 20 y 27 de mayo de 2011 (casación 712/2009, F.D. 3º y 1719/2007 respectivamente) y las que en ella se citan; 10 de junio de 2009 (cas. 3244/2006) y 18 de febrero de 2009 (cas. 8926/2004) la relativa a que sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, debe reiterarse que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2º CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse. Y esta clase de resultado será de apreciar cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión.”*

5. Ebazpen honen aurreko ataletan aurreratu den bezala, atzerapen eskaera baten analisia egiteko prozesuaren barnean, parte hartzen duten gainerako pertsonengan izan dezakeen eragina eta prozedura gauzatzeak duen xede publikoa ezin dira alde batera utzi.

Horregatik, eskaerari buruzko erabakia hartu behar duen epaimahaiak behar bezalako balorazioa egin beharko du. Balorazio horrek interesak eta eskubideak modu arrazoituan batera jarri beharko ditu, eta, hori horrela izanik, proba horren atzerapena behin baimenduta, proba hori gauzatzeko denborazko mugak edo prozeduraren mugak ezarri beharko dira.

Horri dagokionez, gogorarazi beharra dago deialdiaren oinarriek aurreikuspen erlatiboa jasotzen dutela denboraren erabaki horri dagokionez. Arriskuko haurdunaldiari eta erditzeari dagozkien kausez gain, aldi berean, atzerapenak beste hainbat kausentzat aplikagarriak ere badira. Honela zioen:

*“(…)Baina faseok ezin dira gehiegi atzeratu, ez, behintzat, gainerako izangaiek zentzuzko garai batean ebazpena jasotzeko duten eskubidea kaltetzeko moduan (epaimahaiak ebaluatuko du noiz den zentzuzko garaia). Edonola ere, hautaketa-prozesua gainditu duten izangaien zerrenda argitaratu aurretik egin beharko dira fase horiek.”*

6. Bestalde, ariketak atzeratzeko aukera ematen duten oinarrien egoeren izaera heterogeneoari buruzko argudioei dagokienez, erakunde honek ezinbesteko kasuak eta arriskuko haurdunaldiari eta erditzeari buruzkoak justifikatzeko oinarri juridiko desberdinak ezagutzen ditu, azken horiek sexu arrazoiengatik diskriminatzeko debekuari lotuta baitaude.

Erakunde honek jasotako aurreko txostenetako gogoetetan asmoa ez zen horiek guztiak parekatzea. Izan ere, baldintza desberdinetan gertatutakoak dira, eta hainbat dira babestu beharreko ondasun juridikoak.

Hala ere, erditze edo haurdunaldi arriskutsuaren kausa aipatzea bidezkotzat jotzen da. Ondoriotzat jo da proba fisikoak egiteko atzerapen-eskaera batek ez



duela enplegu publikorako sarbiderako berdintasun eskubidea urratzen. Aldi berean, prozesuan parte hartzen duten gainerako pertsoneri ez die kalterik egiten, ezta interes publikoari ere; betiere aurreko paragrafoetan ezarritakoaren arabera burutzen bada.

7. Azkenik, Foru Aldundiaren gogoetei dagokienez, prozesua dagoen momentua kontuan harturik, eta Foru Aginduari dagokionez (kexagileak jarritako gorako errekurtsioa gaitzetsi zenekoa) Erakunde honek uste du inguruabar horiek zalantzan jarritako jarduketak berrikustea ez dutela galarazten (kasu horietan aplikatzeko Ebazpen honetan emandako arrazoiak oinarri hartuta) hautaketa-prozesu batean ariketak egin ahal ez izateko eta berdintasun eskubidearekin parte hartzeko baldintzak beteta.

Horrekin batera, ezin da alde batera utzi kexagileak bai lehen ariketa bai hirugarrena egin zituela, eta Bizkaiko Foru Aldundira jo zuela (Galdakao-Usansoloko ospitaleko traumatologia zerbitzuak egindako txostenean adierazitakoaren arabera) proba fisikoak egin ezin zituelako arrazoiak aurkezteko. Beraz, egoera hauetan eskatzen den behar bezalako arretaz jokatu zuen.

Horiek horrela, kalifikazio-epaimahaiak probak gauzatu baino lehen, pertsona horrek probak egin ahal ez izateko salbuespenezko eta nahi gabeko arrazoi objektiboa zein zen ezagutzen zuen.

Epaimahai horrek eskaera ez onartzea erabaki zuen (ez zuen txostenaren baliozkotasuna zalantzan jarri, txosten kontraesankorrik aurkezteko ere ez zuen proposatu, edo lesioa gai horretan espezialista den beste mediku batek aztertzerik eskatu); beraz, hura guztiz baliozkotzat jotzen da eta lesioa egiaztatzeko nahikoa dela ulertzen da.

Horrez gain, arrazoizkoa ematen du posible zela orduz geroztik lesioa sendatzeko prozesua oraindik gauzatzen ari zen hautaketa-prozesu hori galarazten ez zuen data batean aurretik ezartzea (atzerapen nabarmena ez erakusteko). Ulertzen da nolabaiteko atzeratzea onargarria eta justifikatua izan zitekeela pertsona guztiek baldintza berdinak izan zitzaten beharra erakustea nabarmena zelako.

Denbora hori pasa ondoren, eta prozesuak aurrera jarraituta, kexagileak uzia baliagarria izan dadin eskura zituen baliabide guztiak erabili dituen arren, ezin da momentu honetan analisi hori egitea galarazten duen faktoretzat jo.



Horregatik guztiagatik, gomendio hau egiten dugu, otsailaren 27ko 3/1985 Legeak –erakunde hau sortu eta arautzekoak– 11 b) artikuluan ezarritakoaren arabera:

#### GOMENDIOA

Eskaera ez onartzeko kasua berrikus dezala (Bizkaiko Ahaldun Nagusiaren uztailaren 27ko 129/2018 Foru Dekretuaren bitartez deitutako prozesuan), eta kexagileari erantzun diezaiola (aukera emanez) pertsona horrek aipatu probak egin ditzan eta prozesuan jarraitu ahal izateko.

