



Resolución 2019R-582-19 del Ararteko, de 30 de septiembre de 2019, que recomienda al Departamento Foral de Administración Pública y Relaciones Institucionales de la Diputación Foral de Bizkaia que revise la desestimación de la solicitud de aplazamiento de las pruebas físicas presentada por una persona en el proceso convocado mediante Decreto Foral 129/2018, de 27 julio, del Diputado General de Bizkaia, y posibilite que pueda realizar dichas pruebas y continuar su participación en el proceso.

Antecedentes

1. A esta institución se dirigió una persona participante en la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el funcionariado de carrera en la escala de administración especial de oficial/a del Servicio de Prevención, Extinción de incendios y Salvamento, hecha pública mediante Decreto Foral 129/2018, de 27 julio, del Diputado General de Bizkaia.

Según indicaba en su escrito, el día 31 de diciembre de 2018 había sufrido un accidente en el que se fracturó la tibia y el peroné. Fue intervenida de urgencia, y después de varios días de hospitalización, continuaba en proceso de recuperación.

El 6 de febrero de 2019 realizó el primer ejercicio escrito, y una vez publicada la lista de personas aprobadas y hecha pública la fecha de realización del ejercicio relativo a las pruebas físicas (25 de marzo de 2019), acudió a la consulta del traumatólogo cirujano que le había intervenido para interesarse sobre las posibilidades de presentarse a esas pruebas.

Mediante informe de 28 de febrero de 2019, el médico de Osakidetza responsable del seguimiento de su evolución dictaminó que podía caminar con una muleta pero que no podía realizar las pruebas físicas descritas en las bases de la convocatoria.

Con base en ese informe, la promotora de la queja solicitó un aplazamiento de las pruebas físicas, que le fue denegado, aunque al formular un recurso de alzada contra esa desestimación, el tribunal calificador acordó admitir su participación cautelar en el tercer ejercicio, también escrito.

El día 25 de marzo de 2019 la promotora de la queja acudió a la convocatoria de las pruebas físicas para hacer constar su deseo de seguir participando en el proceso a pesar de no poder llevar a cabo esas pruebas en ese momento.

Por su parte, dentro de ese mismo proceso, fue admitida una solicitud de aplazamiento formulada por otra persona que se encontraba en situación de embarazo de riesgo.



La base séptima de las bases generales de la convocatoria establecía que *“las personas aspirantes serán convocadas para cada ejercicio en llamamiento único; siendo excluidas del proceso selectivo quienes no comparezcan”*. No obstante, preveía dos excepciones a esa consecuencia: una, genérica, relativa a los casos debidamente justificados y libremente apreciados por el tribunal, y, otra, específica, para aquellos en los que a causa de embarazo de riesgo o parto debidamente acreditados, alguna de las aspirantes no pudiera completar el proceso selectivo o realizar algún ejercicio del mismo.

2. Esta institución transmitió a la Diputación Foral de Bizkaia las conclusiones a que había llegado tras el análisis de otras quejas anteriores que versaban sobre aspectos semejantes a los planteados en esta.

En esa línea, se indicaba que la pretensión que había originado esta queja debía examinarse a la luz de lo expuesto en tales conclusiones, según las cuales determinadas y excepcionales situaciones debidamente acreditadas, y utilizando parámetros de razonabilidad, pueden exigir la adopción de soluciones ad hoc que supongan una separación del llamamiento único y permitan garantizar la participación de las personas afectadas en condiciones de igualdad respecto del resto de personas que toman parte en el proceso.

Finalmente se solicitaba información sobre la posibilidad de revisar la desestimación de la solicitud de aplazamiento para la realización del segundo ejercicio por parte de la persona promotora de la queja, teniendo en cuenta que las propias bases de la convocatoria permitían acordar aplazamientos semejantes ante la presencia de determinadas circunstancias.

3. Como respuesta, la Administración Foral remitió un informe suscrito por el director general de Régimen Jurídico y Función Pública, en el que, a pesar de anunciar el compromiso de analizar la materia para futuras convocatorias, fundamentaba la opinión contraria a admitir la pretensión de la promotora de la queja con los argumentos que a continuación se resumen:

- El tribunal encargado de las pruebas, facultado para apreciar libremente su concurrencia y siguiendo la forma de actuación de todos los tribunales en todas las categorías del Servicio de Prevención, Extinción de incendios y Salvamento, no apreció, dentro de su libertad, la presencia de fuerza mayor que pudiera motivar el aplazamiento de la prueba.

Esa ha sido la actuación constante y homogénea de todos los tribunales de convocatorias con pruebas físicas de la Diputación Foral de Bizkaia a lo largo del tiempo. Siempre y en todos los supuestos.

La fuerza mayor se descarta no solo en pruebas físicas sino en cualquier otra convocatoria de cualquier tipo, donde tampoco y en ningún caso se hace excepción, ya que es el principio de actuación homogéneo y

coherente de la Diputación Foral de Bizkaia en los procedimientos de concurrencia competitiva.

De esa forma se evita argumentar sobre la posible arbitrariedad de la decisión adoptada dentro de la facultad concedida por las bases. Además, se procura la seguridad jurídica de todas las personas que participan en el sistema, dado que la fuerza mayor es siempre una cuestión de hecho sujeta a interpretación.

- El aplazamiento concedido a la otra persona participante en el proceso tenía un carácter completamente diferente. En primer lugar, porque la situación de embarazo de riesgo o parto estaba prevista en las bases, de modo que la actuación del tribunal era preceptiva y no de libre apreciación.

Pero también porque se trataba de una medida de acción positiva, fundamentada en la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que además es pública y notoria y también conocida por la reclamante.

Y, sobre todo porque según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), el parto y el embarazo no son cuestiones de fuerza mayor, sino relativas a la discriminación por razón de sexo.

4. A continuación, el Ararteko remitió un nuevo escrito en el que incidía sobre los argumentos que había avanzado en la primera solicitud de información, y profundizaba igualmente en los aspectos a los que aludía la respuesta obtenida.
5. Finalmente, la Diputación Foral de Bizkaia envió un nuevo informe del director general de Régimen Jurídico y Función Pública, que a lo anteriormente expresado añadía los razonamientos que de manera resumida se hacen constar seguidamente:
 - El recurso de alzada interpuesto por la promotora de la queja contra la denegación de aplazamiento del segundo ejercicio de la fase de oposición fue finalmente desestimado mediante Orden Foral de 25 de junio de 2019.
 - Las bases no mencionan la fuerza mayor como excepción al llamamiento único, sino los casos debidamente justificados y libremente apreciados por el tribunal calificador. No obstante, en el supuesto examinado no se aprecia tampoco situación de fuerza mayor.

El artículo 1105 del Código Civil describe la fuerza mayor como una situación imprevisible e inevitable. De acuerdo con diversa jurisprudencia que cita, la fuerza mayor se circunscribe a los sucesos extraordinarios que se encuentren fuera del círculo de actuación obligatorio, y que son



completamente ajenos e independientes de la voluntad de la persona afectada, quien debe, además, cumplir con el exigible deber de diligencia.

Sin embargo, la lesión de la persona interesada fue consecuencia de un riesgo al que quedan sometidas todas las personas en su vida habitual: así, nadie puede prever ni evitar, ya sea en su vida diaria, e independientemente de la causa que lo motive, una caída en la calle, un accidente doméstico, en el lugar de trabajo, un accidente de tráfico o una lesión como consecuencia de la práctica deportiva, ya que estas son fatalidades que forman parte del día a día de cualquier persona.

- El accidente sufrido por la persona promotora de la queja se produjo mucho tiempo antes de la realización de la prueba, lo que impide conceptualarlo como fuerza mayor, ya que para ello habría sido preciso que hubiera tenido lugar en fecha inmediata o muy próxima a la de la realización de la prueba. No se trataba por tanto, de una situación excepcional, sino de la concreción de un riesgo que responde a una fatalidad, al que quedan sometidas todas las personas participantes.
- La actuación analizada no vulnera el derecho al acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, ya que ese acceso se ha garantizado para todas las personas participantes por igual, tal y como exige la Sentencia nº 30/2008, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional.
- Varias de las sentencias alegadas en el escrito del Ararteko son del tiempo anterior a la concepción del embarazo, el parto y el postparto como cuestiones de discriminación y no de fuerza mayor, por lo que son aplicables exclusivamente en materia de embarazo y parto.
- El proceso selectivo se encuentra finalizado, a falta de concluir el plazo de recurso de la fase de mérito, y además, la Orden Foral que desestimó el recurso de alzada de la promotora de la queja es firme y continúa vigente.

Consideraciones

1. La base general séptima de la convocatoria de proceso selectivo convocado para la provisión en el funcionariado de carrera de tres plazas de oficial del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento recoge la siguiente expresión literal:

“Las personas aspirantes serán convocadas para cada ejercicio en llamamiento único; siendo excluidas del proceso selectivo quienes no comparezcan, salvo en los casos debidamente justificados y libremente apreciados por el tribunal.”



De acuerdo con la información recibida de la Diputación Foral de Bizkaia, la decisión que adoptó el tribunal encargado de las pruebas selectivas se enmarca dentro de un modo de actuar constante y homogéneo que han seguido todos los tribunales en todas las categorías en las que existen pruebas físicas o de otro tipo a lo largo del tiempo.

En su virtud, no cabría apreciar la aparición de unas circunstancias de fuerza mayor ni en el caso examinado en esta queja ni en ningún otro, ya que, según manifiesta la administración, se mantendría *“siempre y en todos los supuestos”* la desestimación de cualquier solicitud de aplazamiento de cualquier prueba -incluidas aquellas que no tengan carácter físico- en cualquier proceso selectivo, sin excepción alguna.

A juicio de esta institución, no resulta admisible una desestimación sistemática de las solicitudes que presentan las personas participantes en los procesos selectivos en relación con la concurrencia de circunstancias que impiden su asistencia a las pruebas.

En efecto, a pesar de que la administración justifica la decisión desestimatoria del tribunal en la libertad de apreciación que le conceden las bases de la convocatoria, de lo expuesto más bien podría concluirse que, antes que del ejercicio de esa libertad, esa decisión responde a la existencia de un criterio general que se sobrepone a cualquier opción autónoma del tribunal, en tanto el informe asegura también que esta forma de actuación responde a un principio de actuación homogéneo y coherente de la Diputación Foral en los procedimientos de concurrencia competitiva.

En realidad, este rechazo constante de cualquier solicitud vacía de contenido la previsión de la base de la convocatoria, dado que esta sí permitiría la estimación de supuestos en los que la fuerza mayor resulte acreditada, y, por otra parte, evidencia el carácter injustificado de la decisión, ya que para que esta pudiera entenderse suficientemente fundada, debería atender siempre a las circunstancias presentes en cada caso, y no abordar su tratamiento desde una posición predeterminada y genérica.

El Ararteko se ha pronunciado en esa misma línea en intervenciones anteriores sobre otras quejas en las que se planteaba la imposibilidad de asistir a determinados ejercicios de los previstos en convocatorias de pruebas selectivas como consecuencia de circunstancias de maternidad o salud.

Así, la Resolución de 26 de enero de 2010¹, recogía las siguientes reflexiones respecto de una situación en la que las bases de la convocatoria ni siquiera preveían la posibilidad de aplazamientos por fuerza mayor:

¹ 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.

“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. (...)”

No cabe, por tanto, al parecer del Ararteko, que en una materia como esta, en la que la normativa aplicable confiere expresamente una facultad de apreciación, la actuación administrativa se limite a rechazar de manera universal todas las solicitudes formuladas, obviando el adecuado análisis y la valoración de todas las circunstancias particulares de cada caso.

2. La Diputación Foral de Bizkaia afirma que el tribunal calificador examinó la solicitud y adoptó su decisión al amparo de la libertad que le otorga la convocatoria, y enmarca esa actuación en la intención de procurar la seguridad jurídica de todas las personas participantes. Señala también que al ser la fuerza mayor una cuestión de hecho sujeta a interpretación, de admitirse algún aplazamiento, se podría llegar a generar inseguridad jurídica, mientras que al desestimar las solicitudes se consigue que todas las personas sepan que quienes se presentan al llamamiento son las que realmente compiten.



A este respecto, no cabe olvidar que las bases de la convocatoria facultan al tribunal para apreciar la concurrencia de las circunstancias que motivan que una persona no pueda comparecer al llamamiento para realizar un ejercicio. Sin embargo, en opinión de esta institución, esa constatación no puede entenderse como la atribución de una libertad absoluta para llevar a cabo cualquier interpretación o para optar por decidir a priori que tales circunstancias nunca van a poder acreditarse.

Con carácter general, los tribunales de justicia han avalado la tesis de que los casos de fuerza mayor debidamente justificados constituyen una excepción admisible al llamamiento único, en cuya apreciación los órganos de selección han de motivar sus decisiones de forma razonable y lógica.

También se han venido manifestando en el sentido de que la libertad de la que disponen los tribunales de procesos selectivos deviene obligada por el hecho de que la fuerza mayor constituye un concepto jurídico indeterminado, en el que no existe un catálogo tasado de causas, por lo que ese margen de apreciación es un elemento absolutamente preciso para poder desarrollar su función.

No obstante, advierten igualmente de que si se acreditaran situaciones susceptibles de incardinarse dentro de esa figura, esos mismos tribunales deberían acceder al aplazamiento.

Así, son significativas sentencias como las que a continuación se exponen (los subrayados son nuestros):

- *Sentencia de 27 de abril de 2009, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª):*

“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 --sí 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 sí, además, las consecuencias de la epistomía 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.”

- *Sentencia 71/1997, de 1 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo):*

“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.”

- *Sentencia 576/2003, de 14 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª):*

“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 D^a 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 7^a, 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 7^a 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."

- *Sentencia 121/2005, de 11 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4^a):*

"Señala la demandada que los tribunales calificadoros 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.”

Por otra parte, esta institución es consciente de que para determinar si se presentan las características que aconsejan la concesión de un aplazamiento en un proceso selectivo se ha de llevar a cabo una labor de valoración de las circunstancias propias de cada caso que debe abordarse con la oportuna cautela para no generar inseguridad ni causar perjuicios a los derechos e intereses legítimos de todas las personas participantes, pero también sin olvidar el derecho que asiste a la persona afectada.

La Resolución de 26 de enero de 2010, antes citada, se manifestaba en los siguientes términos:

“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 impediante, 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.”

3. Aunque la convocatoria no exige expresamente que se produzca una situación de fuerza mayor en su estricto sentido, sino la concurrencia de unas circunstancias que puedan fundamentar la incomparecencia al llamamiento único, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de las situaciones en las que la jurisprudencia centra sus análisis son precisamente las relativas a los casos de fuerza mayor, refiriendo esta figura a aquellas situaciones involuntarias e inevitables que impiden la realización de un acto.

La Sentencia de 23 de septiembre de 2009, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), recoge un análisis de la materia en el que incluye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y al que también alude la Diputación Foral. Según tal análisis, la fuerza mayor podría equipararse a aquellas situaciones en las que se observa una circunstancia anormal, ajena al operador, de consecuencias inevitables o solo evitables al precio de sacrificios excesivos, y en las que se haya procedido con una diligencia razonable.

En su virtud, el Tribunal Supremo concluye que no cabe aplicar la categoría de fuerza mayor al suceso que había motivado el recurso (el retraso en la presentación a un examen por circunstancias del tráfico), pero sí deja sentado que sería admisible en un supuesto de enfermedad. En concreto, señala:



"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."

La sentencia 576/2003, de 14 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, transcrita en el apartado anterior, subraya que en este tipo de situaciones no debe aplicarse el concepto "fuerza mayor" desde su significado técnico, sino como *"sinónimo de impedimento involuntario (ajeno al aspirante y que le obstaculiza acudir a la prueba)."*

También la Resolución de 26 de enero de 2010, antes citada, se refiere a las características que, al parecer del Ararteko, han de tener las circunstancias alegadas por las personas afectadas para poder fundamentar un aplazamiento en la realización de las pruebas:

"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 impediante, 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.”

A juicio de esta institución, en el caso que ha dado origen a esta queja se puede advertir la presencia de circunstancias impeditivas de carácter inevitable y ajeno a la voluntad de la persona afectada, que, de acuerdo con los términos expresados, habrían de fundamentar el aplazamiento del examen que esta había solicitado.

No pueden compartirse, por tanto las consideraciones que la Administración Foral traslada en su respuesta, en las que expone que el accidente sufrido por la persona promotora de la queja fue producto de una fatalidad que debe asumir como concreción del riesgo general que afecta a todas las personas, dado que, de llevar ese argumento al extremo, casi cualquier motivo podría entenderse englobado en esa categoría.

En cuanto a la inmediatez a la que también alude el informe remitido por la Diputación Foral de Bizkaia como elemento necesario para poder determinar si existe fuerza mayor, no se observa que sea una característica que la jurisprudencia exija con carácter general, dado que los aspectos definitorios de la figura son los ya mencionados de ajenez e inevitabilidad.

En esa línea, y a modo de ejemplo, cabe citar la sentencia de 30 de diciembre de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), que admitió la concurrencia de fuerza mayor en un supuesto en el que, como en el caso examinado en esta queja, no se aprecia esa inmediatez absoluta a la que se refiere la Administración Foral:

“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. El informe de la Diputación Foral de Bizkaia manifiesta que no se vulneró el derecho al acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, porque ese acceso debe garantizarse y se ha garantizado para todas las personas participantes en el proceso.



De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 30/2008, de 25 de febrero de 2008, citada por esa administración, el artículo 23.2 de la Constitución incluye, por una parte, al derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, y, por otra, el derecho de acceso a las funciones públicas “en condiciones de igualdad”, proscribiendo requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio, o referencias individualizadas, y excluyendo toda diferencia de trato en el desarrollo del procedimiento.

En relación con esta cuestión se debe tener en cuenta que las propias bases de la convocatoria preveían la posibilidad de admitir un aplazamiento en la realización del examen cuando concurrieran circunstancias que lo exigieran, por lo que no parece razonable sostener que la materialización de esa previsión pueda llegar a suponer una vulneración de la igualdad de trato de todas las personas participantes.

Por otra parte, esta institución piensa que la realización de un examen en diferentes momentos no implica necesariamente un quebranto del principio de igualdad, sino más bien una exigencia derivada de ese principio.

En esos mismos términos se expresaba la Resolución de 26 de enero de 2010, al mencionar lo siguiente:

“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.”

También los tribunales de justicia se han pronunciado de manera similar. Como ejemplo, se transcribe a continuación un fragmento de la Sentencia



971/2005, de 25 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que este tribunal confirma la procedencia del aplazamiento de un examen formulado por una aspirante, por entender que constituye una exigencia del principio de igualdad:

“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 diferentes 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.”

Si bien esta sentencia se refiere a un parto prematuro, en opinión de esta institución, tal circunstancia no resta viabilidad a la aplicación de los argumentos en los que basa sus conclusiones a otros casos en los que se presenten circunstancias que impidan la realización de un examen en unidad de llamamiento.

Por todo ello, el Ararteko ratifica la opinión de que el acceso al empleo público en condiciones de igualdad exige que cuando se acredite la existencia de motivos involuntarios e inevitables que impidan la realización de una prueba, estas circunstancias habrán de tomarse en cuenta con carácter excepcional como fundamento para posibilitar la separación del llamamiento único y permitir un aplazamiento, mediante un análisis detenido e individualizado de todos los elementos de cada caso, y una decisión suficientemente motivada y fundamentada en argumentos razonables y lógicos.

En esta queja, la persona afectada presentaba una causa objetiva que impedía la ejecución de las pruebas físicas a las que había sido convocada, y que en tanto no fuera acogida, suponía una causa directa de exclusión del proceso selectivo por incomparecencia al ejercicio. Por esa razón, al parecer del Ararteko, la desigual situación en la que se encontraba debió ser tomada en

consideración para arbitrar los medios precisos que posibilitaran su participación.

Este aplazamiento, por lo tanto, no podría tomarse como manifestación de una diferencia de trato injustificada, por la que se pretendiera favorecer a una persona, dado que no son iguales las condiciones de las que parten todas ellas.

Por el contrario, y en tanto una de ellas se encuentra afectada por circunstancias ajenas e involuntarias que le impiden realizar el examen junto con el resto, la concesión de esa moratoria sería precisamente la medida dirigida a posibilitar que las condiciones en las que toma parte en el proceso se aproximen al máximo a la igualdad en la que tal participación debería haberse desarrollado de no haberse presentado tales circunstancias.

En consecuencia, para esta institución la desestimación de la solicitud de la promotora de la queja, en virtud de un criterio predeterminado y sin atender a las particulares circunstancias existentes, colocó a esta en una situación de no igualdad respecto del resto de personas participantes en el proceso.

Por otra parte, el Ararteko también quiere poner de manifiesto la necesidad de que cualquier duda interpretativa se resuelva en el sentido de favorecer la que posibilite el acceso en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta la especial relevancia de los derechos que se encuentran en juego en estas situaciones, y en la línea que también marcan los tribunales de justicia, tal y como se puede concluir de la Sentencia de 6 de julio de 2012, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª), según la cual:

“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 sufrirá la exclusión.”

5. Como ya se ha avanzado en apartados anteriores de esta resolución, dentro del proceso de análisis de una solicitud de aplazamiento, no puede obviarse la afección que su eventual estimación puede ocasionar al derecho del resto de las personas participantes y al objetivo público perseguido por la ejecución del procedimiento.

Por esa razón, el tribunal encargado de decidir sobre la solicitud tendrá que realizar una adecuada valoración que permita conjugar de modo razonable todos los derechos e intereses afectados, estableciendo, en su caso, los límites temporales o los hitos procedimentales del proceso dentro de los que deba llevarse a cabo finalmente la prueba aplazada.

A este respecto, cabe recordar que las propias bases de la convocatoria recogen una previsión relativa a esa determinación temporal, que, si bien referida a los aplazamientos por parto o embarazo de riesgo, bien podría entenderse aplicable por analogía a los motivados por otras causas. Así, precisa:

"(...) no pudiendo demorarse [las fases que hubieran quedado aplazadas] de manera que se menoscabe el derecho del resto de las personas aspirantes a una resolución del proceso ajustada a tiempos razonables, lo que deberá ser valorado por el tribunal, y en todo caso la realización de las mismas tendrá lugar antes de la publicación de la lista de aspirantes que han superado el proceso selectivo."

6. Por otra parte, en lo que respecta a los argumentos relativos a la heterogénea dimensión de las situaciones que las bases contemplan como posibilitadoras de un aplazamiento en la ejecución de los ejercicios, esta institución conoce la diferente fundamentación jurídica que justifica los supuestos de fuerza mayor y los relativos a embarazo de riesgo o parto, en tanto estos últimos se encuentran relacionados con la prohibición de la discriminación por razón de sexo.

Las reflexiones recogidas en los informes anteriores de esta institución no pretendían sugerir una equiparación de todos ellos, dado que es evidente que responden a características distintas y que también son diversos los bienes jurídicos que se trata de proteger.

No obstante, la mención de la causa de parto o embarazo de riesgo se entiende procedente, en tanto refuerza la conclusión de que un aplazamiento en la realización de las pruebas físicas no atenta contra el principio de igualdad en el acceso al empleo público, ni origina un perjuicio relevante al resto de personas participantes ni al interés público, siempre que se lleve a cabo de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores.

7. Por último, en relación con las consideraciones de Diputación Foral sobre el momento en el que se encuentra el proceso y la firmeza de la Orden Foral por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por la persona promotora de la queja, esta institución opina que esas circunstancias no suponen un impedimento para la revisión de las actuaciones cuestionadas, tomando como base los argumentos que esta resolución expresa en cuanto al tratamiento de las situaciones de imposibilidad de llevar a cabo los ejercicios de un proceso selectivo dentro del llamamiento único, y las condiciones de participación en igualdad.



Además, no puede obviarse que la promotora de la queja realizó tanto el primero como el tercer ejercicio de las pruebas y se dirigió a la Diputación Foral de Bizkaia para poner en su conocimiento las circunstancias de imposibilidad de acometer las pruebas físicas, tal y como recogía el informe médico elaborado por el servicio de Traumatología del Hospital de Galdakao-Usansolo, por lo que actuó con la diligencia exigible en este tipo de situaciones.

Así pues, el tribunal calificador conocía con anterioridad a la celebración de las pruebas que esta persona presentaba una causa objetiva, excepcional e involuntaria que le impedía la realización de las pruebas físicas.

El tribunal se limitó a desestimar la solicitud, sin cuestionar la validez del informe aportado, ni proponer que se aportara un informe contradictorio o el examen de la lesión por otro especialista en la materia, por lo que aquel debe entenderse plenamente válido y suficiente para acreditar la lesión.

Por otra parte, parece razonable sostener que ya desde entonces el proceso de recuperación de la lesión podría haberse previsto para unas fechas ciertas que no habrían ocasionado un retraso significativo en la materialización de un proceso selectivo que todavía se encontraba en ejecución; entendiéndose que una cierta demora habría sido admisible en tanto justificada por la necesidad de propiciar la participación de todas las personas en condiciones de igualdad.

El hecho de que transcurrido el tiempo, el proceso haya avanzado, cuando la promotora de la queja ha adoptado todos los medios a su alcance para poder hacer valer su pretensión no puede oponerse en este momento como un factor impeditivo del análisis de esta.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que revise la desestimación de la solicitud de aplazamiento de las pruebas físicas presentada por la promotora de la queja en el proceso convocado mediante Decreto Foral 129/2018, de 27 julio, del Diputado General de Bizkaia, y posibilite que pueda realizar dichas pruebas y continuar su participación en el proceso.

