

Expte.

DI-833/2006-4

S/R: 623.754/06 a.l.

Excmo. Sr. ALCALDE PRESIDENTE  
AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA  
Plaza del Pilar, 18  
50001 ZARAGOZA

26 de junio de 2006

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** Con fecha 25 de mayo de 2006 tuvo entrada en nuestra Institución un escrito de queja que quedó registrado con el número de referencia arriba expresado.

En dicho escrito se hacía referencia a la situación de Doña A., quien se presentó a las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos del Ayuntamiento de Zaragoza. Una vez superados los dos primeros ejercicios, fue convocada para el tercero el día 13 de junio del presente año.

Según el escrito de queja, Doña A. estaba embarazada, y salía de cuentas el día 9 de junio, con posibilidades de que, en caso de retraso, el parto pudiese coincidir con la realización del examen. Consultado el Tribunal de la

oposición y el Servicio de Personal del Ayuntamiento de Zaragoza sobre la posibilidad de ser convocada posteriormente para la realización del ejercicio, en el día en que se presentó la queja ante el justicia no había recibido contestación por parte de las instancias referidas.

**Segundo.-** Examinado el escrito de queja se resolvió admitirlo a trámite y dirigirse al Ayuntamiento de Zaragoza con la finalidad de recabar la información precisa sobre las cuestiones planteadas en el mismo.

**Tercero.-** El 16 de junio de 2006 se recibió contestación del Ayuntamiento de Zaragoza en la que, literalmente, se indicaba lo siguiente:

*“En contestación a su escrito con entrada en el Registro General el 31 de mayo de 2006, relacionado con queja referente a proceso para la provisión de plazas de Auxiliar Administrativo (DI-833/2006-4), se informa lo siguiente:*

*Embarazo y fecha prevista de parto de la aspirante D<sup>a</sup> A.*

*Primero.- La aspirante de referencia ha sido recibida personalmente por parte de la Jefa del Servicio de Personal y por el Jefe de la Unidad de Plantillas y R.P.T., informándole en relación al régimen jurídico de aplicación al caso por ella planteado.*

*Segundo.- El Tribunal de Selección en sesión de 31 de mayo de 2006, informo la alegación presentada por la aspirante de referencia, adoptando el acuerdo siguiente:*

*"19.- Alegación presentada por D<sup>a</sup>. A:*

*Fecha previsible de parto de la aspirante establecido para el día 9 de junio de 2006:*

*. Se procede a la lectura de la alegación, así como a la comprobación de los hechos y fundamentos expresados por la recurrente, tras lo cual se acuerda lo siguiente:*

*Considerando que la base octava punto 2 de la convocatoria para la provisión de plazas de Auxiliar Administrativo dice:*

*"2.- Los candidatos serán convocados para cada ejercicio en llamamiento único, y serán excluidos de las pruebas selectivas quienes no comparezcan, salvo los casos de fuerza mayor debidamente justificados y libremente apreciados por el Tribunal... "*

*Considerando que la base quinta punto 10 de la convocatoria de referencia dice:*

*10.- Las presentes bases se interpretarán en el sentido finalista que mejor garantice la preservación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

*Por unanimidad se informa y propone desestimar la solicitud de la interesada por cuanto el llamamiento para cada ejercicio es único salvo supuestos justificados y tal y como señalan las Bases de la convocatoria libremente apreciados por el Tribunal, casos que deberán apreciarse a la luz del principio de igualdad.*

*A mayor abundamiento informar que el principio de igualdad proyectado en los procesos selectivos implica que el opositor debe asumir el riesgo y ventura que comporta la determinación de un día y hora para la realización de un ejercicio. Si se aceptase la pretensión de la aspirante se vulneraría el citado principio jurídico, lesionando la seguridad jurídica y material del resto de aspirantes."*

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**Primera.-** En el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza se convocaron pruebas selectivas para el ingreso como funcionarios de carrera y la provisión

de cincuenta y cinco plazas de Auxiliar Administrativo en el Ayuntamiento de Zaragoza.

Señala la base octava de la convocatoria, en su apartado segundo, que *“los candidatos serán convocados para cada ejercicio en llamamiento único, y serán excluidos de las pruebas selectivas quienes no comparezcan, salvo los casos de fuerza mayor debidamente justificados y libremente apreciados por el Tribunal”*.

El artículo 19 del Decreto 122/1986, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Instituto Aragonés de la Administración Pública y la selección, formación y perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, indica en su artículo 19 que las bases de la convocatoria vinculan a la Administración, a los órganos de selección que han de juzgar las pruebas y a quienes participen en las mismas. Se trata, tal y como se ha afirmado de forma reiterada por doctrina y jurisprudencia, de la “ley del concurso”, que debe regir el desarrollo del proceso selectivo. Por consiguiente, debemos remitirnos a tales bases para analizar la actuación de la Administración en el supuesto planteado.

**Segunda.-** Conforme a las bases, la no concurrencia al ejercicio determina la exclusión de las pruebas selectivas, salvo en los supuestos de fuerza mayor, debidamente justificados y libremente apreciados por el Tribunal.

Pese a la referencia a la libertad del Tribunal para apreciar la fuerza mayor, debemos partir de que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado caracterizado tradicionalmente por tres notas: la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad (tal y como señaló el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 15 de marzo de 1999, 19 de abril de 2001, etc.).

La primera cuestión a dilucidar es si la razón esgrimida por Doña A.

para no concurrir a la tercera prueba del proceso selectivo puede considerarse causa de fuerza mayor. En el escrito que en su momento la interesada presentó ante el Ayuntamiento se refiere a las fundadas posibilidades de que el tercer ejercicio de la oposición coincidiese con el parto. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Sentencia 24/2001, de 17 de enero, admitió expresamente como causa de fuerza justificante de la no concurrencia al ejercicio el parto sobrevenido, excluyendo incluso la necesidad de comunicar previamente tal posibilidad. En concreto, el Tribunal interpretó que *“la fuerza mayor se caracteriza por constituir un acontecimiento imprevisible, y en el caso presente, si bien era previsible el hecho del parto, no lo era la fecha en que había de ocurrir, de modo que el supuesto de autos ha de incardinarse en aquel concepto. Por ello, ante la posibilidad de que se retrasase tal suceso, no era exigible a la actora la petición precedente de un segundo llamamiento, ya que en principio era factible su comparecencia al segundo ejercicio el día señalado, y al haber tenido lugar el alumbramiento el mismo día del examen tampoco existía margen para el aviso o petición previa. En cualquier caso, dada la naturaleza del hecho alegado, ha de excluirse la posibilidad de fraude en lo invocado, que es lo que podría fundar aquella exigencia de petición previa, por lo que la alegación de la Xunta para fundar el recurso en este aspecto no puede ser acogida”*. Parece claro que jurisprudencialmente se ha interpretado que el parto constituye causa justificativa de fuerza mayor.

Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el alumbramiento es seguro en cuanto a su realización efectiva, pero difícilmente previsible en cuanto a la fecha en que se vaya a producir. Es obvio que a la nota de imprevisibilidad el parto acompaña las de exterioridad e irresistibilidad. Aun más, en el caso que nos ocupa la ciudadana se dirigió previamente a la Administración, manifestando la posibilidad, fundamentada en el diagnóstico de la facultativa especialista, de que el día del parto coincidiese con el ejercicio. Doña A. demostró la debida diligencia dirigiéndose al Tribunal para advertir de la situación, lo que excluye cualquier

ánimo fraudulento. Así, y conforme a la interpretación jurisprudencial de la concurrencia de causas de fuerza mayor, debemos entender que las mismas se han producido en el supuesto que nos ocupa.

**Tercera.-** En segundo lugar, señalan las bases del proceso selectivo que los casos de fuerza mayor serán libremente apreciados por el Tribunal. Se reconoce cierto grado de discrecionalidad al órgano de selección a la hora de apreciar dichas circunstancias. No obstante, el reconocimiento de facultades discrecionales no implica la ausencia de cualquier tipo de control sobre las mismas.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencia 71/1997, de 21 de febrero, se pronunció en referencia a un supuesto en que un órgano de selección no estimó un caso de fuerza mayor aludiendo a su potestad para apreciar libremente tales circunstancias, refiriéndose al *“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.”* Así, el hecho de que sea el órgano de selección el que deba apreciar la concurrencia de causas de fuerza mayor no implica una libertad absoluta en la apreciación de éstas; su actuación debe regirse en todo momento por el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad que tutelan el acceso a la función pública.

Precisamente, el Tribunal de la oposición indica que el propio principio de igualdad proyectado en el proceso selectivo implica que *“el opositor debe asumir el riesgo y ventura que comporta la determinación de un día y una*

*hora para la realización de un ejercicio*". Entiende que si aceptasen la solicitud de la interesada, "se vulneraría el citado principio jurídico, lesionando la seguridad jurídica y material del resto de aspirantes".

Resulta difícil discernir en que grado la estimación de la solicitud de la ciudadana implica una merma del principio de igualdad. Máxime si tenemos en cuenta que nos encontrábamos ante el tercer ejercicio, de informática, que, a efectos prácticos, permite para el supuesto concreto una convocatoria ulterior sin que se produzcan desigualdades entre los opositores. De hecho, el no tener en cuenta el estado de la aspirante permitiéndole realizar su ejercicio con posterioridad una vez producido el parto sí podría entrañar una vulneración al principio de igualdad; y, sin necesidad de observar la situación bajo el prisma de la discriminación de género, implica que, por el hecho de estar embarazada, se está obstaculizando su acceso a la función pública.

**Cuarta.-** El supuesto planteado, en cualquier caso, debe enjuiciarse en su contexto. Por un lado, a nivel estatal y autonómico se vienen ratificando por los poderes públicos medidas activas encaminadas a la consecución de políticas que faciliten la conciliación de la vida familiar y profesional. En esta línea, resultan difícilmente justificables decisiones discrecionales que supongan un obstáculo en el acceso a la función pública a las mujeres embarazadas.

Pese a que la circunstancia de coincidencia del ejercicio con el parto no ha llegado a producirse materialmente, puesto que la interesada en principio se ha dirigido al tribunal para informarse sobre las posibles soluciones a adoptar si se produce tal situación, la negativa del tribunal a aceptar tal hecho como causa de fuerza mayor y a facilitar la realización por aquélla de las pruebas implica una vulneración del derecho de Doña A. de acceso a la función pública.

Por otro lado, la convocatoria de las pruebas selectivas corresponde a

las ofertas de empleo público de los años 2000, 2001 y 2002. La Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, establece que, publicada la oferta de empleo público, dentro de los tres meses siguientes se convocarán las pruebas selectivas que, en todo caso, deberán realizarse en el plazo de los seis meses siguientes a su convocatoria. Es evidente que tales plazos se han incumplido, puesto que la oposición que nos ocupa se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza de 30 de noviembre de 2004. Pese a que la presente recomendación no pretende entrar en consideraciones acerca de tal circunstancia, es obvio que se produce una situación de inseguridad jurídica respecto al cumplimiento de los plazos. No puede atribuirse al riesgo y ventura que asume el ciudadano al participar en el proceso selectivo, tal y como parece insinuar en su informe el Ayuntamiento de Zaragoza, las posibles consecuencias derivadas del notable retraso en el cumplimiento de los plazos, como puede ser el hecho de que el alumbramiento coincida con el último ejercicio del proceso, cuando aquéllos vienen marcados por la ley y es la Administración la que no los respeta.

### **III.- RESOLUCIÓN**

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

### **RECOMENDACIÓN**

El Ayuntamiento de Zaragoza debe permitir a Doña A. y a cualquier otra mujer embarazada en la que se reproduzcan sus circunstancias (es decir, que se produzca el parto coincidiendo con un ejercicio de las pruebas selectivas) la realización del ejercicio en un momento posterior, garantizando

con ello el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.