

## MÁS ALLÁ DE LA FUERZA MAYOR, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD GARANTIZA A LA MUJER, EN SITUACIÓN DE PARTO, PODER EJERCER SUS DERECHOS Y CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES

M.<sup>a</sup> Ángeles Pedrosa Nuño

*Abogada*

*Miembro del gabinete jurídico del CEF*

---

### EXTRACTO

Hasta la fecha se venía resolviendo el supuesto de hecho en el que una mujer opositora se veía imposibilitada para la asistencia a la prueba –de las de su proceso de selección– a que se hallaba convocada, por encontrarse de o en los aleaños de su parto, bajo el prisma de que se trataba de un supuesto de fuerza mayor, cuya concurrencia debía ser analizada por el tribunal calificador en orden a tomar, si así lo entendía, las medidas necesarias para que a la opositora le fuera posible la realización del examen al que no podía o pudo asistir.

A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014, el analista jurídico debe replantearse la valoración a realizar en este tipo de supuestos de hecho para encauzar su conclusión, si cabe, haciendo uso de la nueva línea argumental iniciada por el Alto Tribunal con base en una interesante y exitosa construcción jurídica planteada por la asistencia letrada de la opositora recurrente.

Se trata, en definitiva, de que más allá de si estamos o no ante un supuesto de fuerza mayor que imposibilita a la aspirante a asistir personalmente al examen, la negativa por parte del tribunal calificador a tomar esas medidas, lo que sí materializaría es una clara lesión del derecho a la igualdad de esa mujer opositora por razón de su alumbramiento.

La cuestión es, a la postre, si a una mujer a punto de dar a luz e incluso, más allá –simplemente embarazada–, puede exigírsele la misma capacidad de respuesta en orden al ejercicio de sus derechos o al cumplimiento de sus deberes que a cualquier otro ciudadano.

**Palabras claves:** acceso a la función pública, embarazo, parto, fuerza mayor y principio de igualdad.

---

---

**Sumario**

1. Introducción
2. Supuesto de hecho
3. Análisis jurídico
  - 3.1. Normativa aplicable
  - 3.2. Jurisprudencia aplicable
    - 3.2.1. Línea jurisprudencial tradicional: la fuerza mayor
    - 3.2.2. El principio de igualdad: un nuevo argumento judicial para la resolución del conflicto
4. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión que hay que traer a colación en esta ocasión es la de cómo se ve afectada la mujer parturienta en su *status* jurídico cuando por circunstancias temporales concurren su parto y el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones.

Habrà que dar respuesta al interrogante de si a esa mujer a punto de dar a luz el Estado de Derecho le puede exigir lo mismo que a cualquier otro ciudadano o le puede privar de sus derechos, adquiridos o potenciales, por razón de la imposibilidad de su presencia en otro sitio que no sea el hospital en el que se le debe asistir al parto.

Más en concreto, se va a analizar a continuación el *status* jurídico de la opositora que debe ser examinada en el mismo momento en que se ha iniciado su proceso de parto o bien este acaba de tener lugar, lo cual le obliga a encontrarse en el hospital y le imposibilita la asistencia al examen al cual, junto con el resto de los aspirantes, se halla convocada.

Y se hará especial incidencia en el hecho de que la convocatoria se haya hecho en llamamiento único –lo cual impide por definición que la prueba se celebre alternativamente en lugar o día diferente de los señalados– y también que se haya condicionado o no la celebración de la misma a la concurrencia de algún supuesto de fuerza mayor, lo cual permitiría excepcionar esa regla del llamamiento único.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Mujer que pretende el acceso a la función pública, correctamente admitida en el proceso selectivo que se ha aprobado para cubrir la vacante a la que opta, convocada a examen con carácter general –junto con el resto de los aspirantes–, que solicita, ante la inminencia de su parto, ser convocada en otro lugar, en otro día, o en ambos, al no resultarle posible acudir al examen legalmente convocado por encontrarse, previsible o efectivamente, ingresada en el hospital en que está o va a dar a luz.

## 3. ANÁLISIS JURÍDICO

### 3.1. NORMATIVA APLICABLE

De lo más concreto a lo más genérico, la «ley» que rige los procesos de selección pública son las propias bases de la convocatoria en cuestión. Se trata de normas muy concretas que regu-

lan pormenorizadamente el *iter* temporal y material conforme al cual se va a desarrollar el proceso selectivo en cuestión.

A partir de ahí, suelen remitirse –y aunque así no lo hicieran, igualmente resultarían aplicables por aplicación de su supletoridad– a las normas que rigen el estatuto básico del personal al servicio de la Administración, tanto por razón de su sector profesional como del ámbito geográfico del que forman parte las plazas a cubrir, yendo de lo más cercano a lo más general hasta llegar al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) –actualmente regulado en la [Ley 7/2007, de 12 de abril](#).

Pues bien, ni en esta norma más general cual es el EBEP, ni en las normas que regulan el «estatuto» del funcionario al servicio de una determinada Administración pública o de un sector concreto de la Administración por razón del sector profesional se encuentran disposiciones que regulen el supuesto de hecho cuya solución jurídica debemos encontrar: el de la mujer embarazada o a punto de dar a luz que no puede presentarse personalmente en el día y lugar señalados para la prueba que está llamada a realizar.

No obstante, sí es cierto que, tal vez en aplicación práctica de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), ya podemos encontrar normas protectoras en este orden en las ofertas de empleo público estatal publicadas desde 2009<sup>1</sup>, debiendo

---

<sup>1</sup> Veamos a modo de ejemplo la literalidad del artículo 3.º 5, párrafo segundo, del [Real Decreto 288/2014](#), por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2014, cuando señala que «... Si alguna de las aspirantes no pudiera completar el proceso selectivo a causa de embarazo de riesgo o parto debidamente acreditados, su situación quedará condicionada a la finalización del mismo y a la superación de las fases que hubieran quedado aplazadas, no pudiendo demorarse estas de manera que se menoscabe el derecho del resto de los 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», la cual ha sido reiterada, año tras año, en estos términos desde el [Real Decreto 406/2010](#), de aprobación de la oferta de empleo público para el año 2010.

Asimismo hubo una primera regulación de esta cuestión en el artículo 4 e) *in fine* del [Real Decreto 248/2009](#), por el que se aprobó la oferta de empleo público para el año 2009, pero con un planteamiento diferente al anterior, por cuanto el modo en que se iba a materializar la protección a la mujer en embarazo de riesgo o a la parturienta quedaba remitido a las bases de las correspondientes convocatorias: «... Si alguna de las aspirantes no pudiera completar el proceso selectivo a causa de embarazo de riesgo o parto debidamente acreditados, su situación quedará condicionada a la finalización del mismo y a la superación de las fases que hubieran quedado aplazadas, en los términos que establezcan las bases de convocatoria a estos efectos».

Se trata de fórmulas diferentes, pero bajo un común denominador en el sentido de que regulan una protección muy genérica, quizás en exceso, que más bien hace pensar en una mera declaración de intenciones y que –y esto es lo que puede resultar grave–, deja en manos de la Administración la vigilancia de que el proceso selectivo en cuestión sea lo suficientemente protector para la mujer encinta o a punto de dar a luz, sin perder de vista los derechos «adquiridos» por el resto de los aspirantes que concurren al mismo –lo cual es de todo punto lógico.

La norma del año 2010 se remite a las bases de la convocatoria para lo que tiene que ver con la concreción de la protección que se debe dispensar a las aspirantes en las que concurren las circunstancias que venimos analizando, normas que no dejan de tener carácter reglamentario, pero que son publicadas con todas las garantías del Estado de

revisar el analista la eventual existencia de normas equivalentes en las ofertas de empleo público publicadas por otros sectores de la Administración pública a la hora de emitir su juicio valorativo.

Así pues, ante la falta de concreción de la norma específica, y salvo excepciones con cierta proximidad temporal, la solución hay que intentar buscarla, como lo ha hecho la jurisprudencia –tal y como se comentará en el apartado siguiente–, entre las normas informadoras y supletoriamente aplicables del ordenamiento jurídico, en este caso, el [Código Civil](#) (CC), la [LOIMH](#) y, cómo no, la [Constitución Española](#) (CE).

## 3.2. JURISPRUDENCIA APLICABLE

### 3.2.1. Línea jurisprudencial tradicional: la fuerza mayor

Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial en la materia se inclinaba por considerar que este tipo de situaciones de hecho respondía a la naturaleza jurídica de un supuesto de fuerza mayor. Así, podemos encontrar no muy numerosa cantidad de sentencias, pero sí las suficientes para poder afirmar que se trataba de una línea interpretativa sólida en cuanto a la resolución de este conflicto en sede de los tribunales.

De entre ellas, y comenzando por la base jerárquica sobre la que se organiza la jurisdicción contencioso-administrativa, no hay por menos que hacer recaer la atención sobre el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León, quien en varias ocasiones se ha pronunciado sobre este tipo de cuestiones, dando lugar a sentencias de gran interés sobre las que se ha consolidado la doctrina judicial posterior, como a continuación se pondrá de manifiesto, siendo su valor muy apreciado incluso en sede del Tribunal Supremo (TS).

La primera y más importante de esas sentencias es la de [23 de septiembre de 1999](#) (rec. núm. 864/1995), en la cual se denegó la solicitud de la aspirante embarazada, presentada el día antes de la realización de la misma, para que la prueba para la que había sido convocada se celebrara

---

Derecho e impugnables por los medios que tiene establecidos el ordenamiento jurídico. Son normas de público conocimiento y que están expuestas a la opinión pública *ab initio*, lo cual por lógica exige un mayor deber de cuidado en su elaboración y les hace ser más garantistas, y, por otro lado, permiten a la aspirante una mayor capacidad de actuación por cuanto desde un primer momento puede poner de manifiesto su eventual irregularidad.

Las normas posteriores son meras declaraciones de intenciones: el proceso selectivo debe hacerse con las debidas garantías para las aspirantes, pero deja en sede del tribunal calificador la concreción de las medidas a adoptar. Se trata de normas excesivamente abiertas que si bien es cierto que permiten una teórica mejor adecuación de la situación a las necesidades de las aspirantes, también es cierto que dejan en sede de la propia Administración la potestad para gestionar con plena discrecionalidad, lo cual, de producirse una situación de arbitrariedad, puede colocar a las aspirantes en una posición más débil que en el caso anterior por cuanto frente al acto administrativo en cuestión –ya no norma, como en el caso del año 2010– tan solo tendrían a su alcance medios de defensa que no serían trascendentes para el resto de las aspirantes y la opinión pública.

en otro momento, por razón de ser ingresada en un hospital, donde dio a luz al día siguiente y estuvo ingresada durante los cuatro siguientes. En este caso, las bases de la convocatoria reconocían como excepción para ser excluido de las pruebas la falta de comparecencia del aspirante por un supuesto de fuerza mayor, en el cual no dudó en encajar el TSJ los hechos que se acaban de describir ya que la aspirante, que no podía prever con total exactitud o detalle cuándo iba a acontecer el parto y quien por razones obvias de salud debía permanecer en un hospital unos días después del alumbramiento, cumplió con su deber de diligencia, avisando en correcta forma al presidente del tribunal calificador de la causa que no le posibilitaba acudir al examen. A juicio del TSJ, con la denegación de la solicitud no se respetaron las bases de la convocatoria, a cuyo cumplimiento estaba sometido el tribunal calificador, considerándose su actuación como un acto administrativo anulable –y este matiz es importante–, lo cual si bien permitía estimar la pretensión de la aspirante, dejaba a salvo los derechos de los que habían participado en las pruebas y las habían superado, cuya puntuación obtenida debía respetarse.

Tiene este supuesto de hecho un valor jurídico muy especial: la aspirante pone en conocimiento del tribunal calificador la inminencia del parto –el día antes– y en las bases de la convocatoria está reconocida la fuerza mayor como «eximente» a la falta de concurrencia en el lugar, fecha y hora señalados para la realización del examen. La imprevisibilidad de la circunstancia y la diligencia de la interesada –requisitos *sine qua non* a juicio de la doctrina y de la jurisprudencia para la aplicación de la institución de la fuerza mayor– concurren de un modo perfecto en este caso.

Se hace necesario, llegados a este punto, analizar cómo está regulada en nuestro ordenamiento jurídico la fuerza mayor y cómo deber ser interpretada esta.

Pues bien, el artículo 1.105 del CC señala que «Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

Pues bien, la jurisprudencia viene interpretando la concurrencia de lo aquí dispuesto cuando las circunstancias de hecho permiten apreciar en los hechos involuntariedad por parte de quien los sufre e inevitabilidad de los mismos por su parte. Asimismo, esa jurisprudencia afirma que estamos ante la aplicación de un concepto jurídico indeterminado –que exige a la Administración la búsqueda de la solución justa para el caso, teniendo a su elección una única alternativa, por lo tanto no moldeable a su voluntad– y no de una potestad discrecional –que le permitiría elegir de entre varias alternativas concurrentes la que le pareciera más justa, permitiéndole un cierto margen de actuación, cuya eventual inoportunidad tan solo podría discutirse ante los tribunales, donde habría que probar que la elegida no era la opción más conforme a la norma, y que se incurrió en una decisión arbitraria.

A esta primera Sentencia del TSJ de Castilla y León le siguió una segunda, en esta ocasión de 14 de mayo de 2003 (rec. núm. 1013/1998), en la que se denegó la solicitud de la aspirante a que le fuera realizado el examen en día distinto al de la convocatoria por habersele prescrito facultativamente que ese día tendría que ser hospitalizada al objeto de que le practicaran la inducción el parto, si es que aún no había dado a luz, lo cual sucedió de ese modo, dando a luz al

día siguiente de la celebración de la prueba. A juicio del TSJ, también en este caso concurrió en la demandante causa justificada suficiente para obtener el aplazamiento de las pruebas, pues la misma no pudo prever con total exactitud o detalle cuándo iba a acontecer el parto; además de ello, también cumplió con el deber de diligencia que le era exigible, en los términos que se han señalado anteriormente. Concurría pues un supuesto de fuerza mayor, que le eximía de acudir al examen convocado, el cual no le fue reconocido por parte del tribunal calificador.

Esta sentencia también encierra otro contenido de gran interés, que la hace ser especial y diferente al resto de las que se van a analizar, y es que establece otros efectos asociados al del reconocimiento del derecho de acceso al examen.

En concreto, el contenido del pronunciamiento también se extiende al reconocimiento en el concurso-oposición de la puntuación obtenida por los servicios prestados por la opositora como interina, de lo cual fue privada al ser dada de baja en la lista de interinos al no obtener la puntuación precisa por no haber comparecido a las pruebas. Pues bien, a juicio del Tribunal, si no estamos propiamente ante un supuesto de no presentación, sino ante un caso de aplazamiento por concurrir un supuesto de fuerza mayor, la consecuencia es la de que la opositora debe ser «reintegrada» a la situación jurídica previa a la convocatoria, consecuencia de lo cual le reconoce una indemnización por daños y perjuicios cuyo *quantum* vendrá determinado por la retribución correspondiente a los puestos que la recurrente tendría derecho a haber ocupado con carácter interino.

Asimismo, y aunque en el caso no la reconoce, esta sentencia deja la puerta abierta –no lo rechaza expresamente– al reconocimiento de una eventual indemnización por daños y perjuicios por daños morales, aunque las imprecisas alegaciones de la recurrente le impiden reconocerla efectivamente.

Un proceso completo –en el sentido de que la sentencia de instancia fue recurrida, y obligó al TS a emitir un primer pronunciamiento en la materia–, es el que se inició con la [Sentencia del TSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2005](#) (rec. núm. 1049/2000), en el que los hechos valorados pueden resumirse en que se denegó la solicitud de aplazamiento de la segunda prueba de la convocatoria realizada por la opositora por haber dado a luz unos días antes y no encontrarse en condiciones físicas que le permitieran llevarla a cabo, tal y como justificaban los informes médicos de su tocólogo y facultativo de la Seguridad Social que presentó al efecto –indicaban que debía guardar reposo debido a las molestias e inflamación derivada de la episiotomía–, frente a los cuales el tribunal calificador no contraargumentó ni solicitó prueba en contra, limitándose a negar que se tratara de un supuesto de fuerza mayor de los que le hubieran eximido, según las bases de la convocatoria, de presentarse a la realización de la prueba.

Como curiosidad, en esta sentencia, uno de los argumentos de la recurrente fue el de que con la denegación de su solicitud de oposición de la realización de la prueba se estaba vulnerando su derecho a la igualdad como mujer, argumento que fue rebatido por la Administración demandada e ignorado por el propio Tribunal de instancia, quien señaló que el debate debía resolverse en términos de fuerza mayor.

El TSJ señaló que la aspirante actuó con total diligencia a la hora de manifestar su situación respecto de la realización de la prueba, que era del todo involuntaria (de nuevo los requisitos que permiten apreciar la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor), que se manifestaba larga —4 horas de examen, más esperas intermedias y desplazamientos—, condicionante que tampoco fue tenido en cuenta por el tribunal y que revelaba un desgaste que la actora, en su opinión, no podía afrontar debido a su situación física.

Por otro lado, y esta es una peculiaridad de esta sentencia y de los hechos que juzga, el deber del tribunal calificador no se entendió cumplido con el otorgamiento de un lugar privado para amamantar a la hija de la opositora y dotarlo de servicios médicos, porque ese no constituía el supuesto; según manifiesta el Tribunal, 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 médico.

Tómese nota de que en las bases de las convocatorias de procesos selectivos para personal al servicio de la Administración suelen incluirse disposiciones que regulan el derecho de los aspirantes que precisen adaptaciones —sean discapacitados o no— a solicitar que les sean cubiertas las necesidades personales que sean precisas para que su participación en la prueba se realice en condiciones de igualdad respecto del resto de los participantes<sup>2</sup>.

En definitiva y a juicio del TSJ, 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, denegando que se estuviera ante un supuesto de fuerza mayor.

Y poco nuevo aporta el TS, en la Sentencia que dicta en recurso de casación al respecto de esta última, de [27 de abril de 2009](#) (rec. núm. 4595/2005), sumándose plenamente a lo señalado por el Tribunal de instancia, añadiendo sin embargo una idea muy interesante a la par que protectora para supuestos como este y quizás otros que podrían subsumirse, en el sentido de que aunque no se puede negar que las complicaciones derivadas de supuestos como este son reales, tampoco se ha de ignorar que en convocatorias de pruebas que, por sus características, se extienden a lo largo de un periodo de tiempo prolongado «no es necesariamente disfuncional atender, cuando es posible hacerlo sin extenderlo más allá de lo previsto, solicitudes de aplazamiento justificadas

<sup>2</sup> En el sentido apuntado, la base cuarta, apartado 4.4.4, de la [Orden SAN/945/2008, de 28 de mayo](#), por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de Diplomado en Enfermería, del Servicio de Salud de Castilla y León y para la constitución de la Bolsa de Empleo de esta categoría (BOCyL de 11 de junio de 2008), donde se establece que «Con independencia de que hagan uso o no de la reserva para discapacitados, aquellos aspirantes que precisen adaptaciones deberán indicarlo en el apartado correspondiente de la solicitud, pudiendo solicitar las necesidades específicas de adaptación y ajuste de tiempo y medios que consideren oportunas para participar en las pruebas selectivas en condiciones de igualdad. Para ello harán constar en la solicitud las posibles adaptaciones que precisen para participar en las pruebas selectivas».

como la de este caso. Hacerlo no tiene por qué afectar a la seguridad jurídica ni romper las condiciones de igualdad entre los participantes».

### 3.2.2. El principio de igualdad: un nuevo argumento judicial para la resolución del conflicto

Sin embargo, la línea interpretativa por la que ha discurrido la jurisprudencia hasta la fecha para resolver este tipo de supuestos se ve ahora complementada por la iniciada con la [STS de 14 de marzo de 2014](#) (rec. núm. 4371/2012), que analiza el recurso de casación interpuesto contra la dictada el [25 de septiembre de 2005](#) (rec. núm. 700/2009), de nuevo en esta ocasión por el TSJ de Castilla y León.

En este caso, se trata de dar solución jurídica al supuesto de hecho en que la solicitud formulada por la opositora embarazada y que, en previsión de que podía dar a luz el día de la celebración del primer ejercicio de las pruebas selectivas, demandó al tribunal calificador realizar la prueba en su domicilio o en el hospital en que pudiera encontrarse si ello llegaba a producirse, como de hecho así fue, al dar a luz el día anterior y estar hospitalizada, además, en una ciudad diferente (Burgos), distante 183 km –casi 2 horas en tiempo– de la de la convocatoria (León).

El Tribunal de instancia consideró que los actos administrativos impugnados, que supusieron la denegación de la solicitud en razón a lo establecido en las bases de la convocatoria sobre el lugar de celebración y el llamamiento único, con el consiguiente decaimiento en el derecho del aspirante que no comparece, efectuaron una aplicación incorrecta –por desproporcionada– de las bases por exagerar en la aplicación de la que establecía el llamamiento único, y no tener en cuenta la que habilitaba al tribunal calificador a resolver las dudas que pudieran surgir en la aplicación de las bases y la forma de actuación en los casos no previstos.

Asimismo, los actos impugnados, en su opinión, incurren en una contravención a los artículos 23.1 y 14 de la [CE](#) por cometer una discriminación directa en razón de embarazo y maternidad, ya que no permitieron a la opositora que pudiera celebrar el ejercicio previsto en la fecha de su previsible parto, adoptando las medidas adecuadas por razón de su situación.

Y el TS, cuando analiza esta sentencia en casación, no puede menos que dar por correcto lo señalado en la instancia, añadiendo que el artículo 23.2 de la [CE](#)<sup>3</sup> y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo reconocida en su artículo 14 se proyectan sobre la maternidad –también protegida por el texto fundamental en el art. 39.2– y expresamente tutelada por la

<sup>3</sup> Conforme al cual «(los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

LOIMH<sup>4</sup>, y por las previsiones del artículo 61.1 del EBEP<sup>5</sup>, así como por la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), ofrecen apoyo jurídico positivo para fallar de acuerdo al sentido en que lo hizo la sentencia de instancia en su momento, entendiendo, como ella lo hizo, que el tribunal calificador, denegando la solicitud de la recurrente hizo una aplicación desproporcionada de la bases de la convocatoria.

Lo que a su juicio procede es hacer una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere, a la igualdad, y es que, en efecto, la base 6.5 de las de la convocatoria<sup>6</sup> permitía al tribunal calificador buscar la forma de acoger la petición de la recurrente o de establecer cualquier otra –como aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió–, no pudiendo darse por cierto que la previsión del llamamiento único de la base 7.6<sup>7</sup> cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que se invocara, no sirviendo de disculpa para ello las dificultades materiales para atender la petición de la actora en la instancia, como ya se señaló en la *STS de 27 de abril de 2009* (rec. núm. 4595/2005), que se ha referenciado anteriormente, que tras este segundo pronunciamiento podemos entender que forma ya jurisprudencia por lo que tiene que ver con ese matiz.

El valor específico de esta sentencia radica principalmente en el hecho de que en las bases de la convocatoria se establecía la regla del llamamiento único en cuanto a la celebración de la misma –la celebración del examen debía producirse en el lugar (León) y fecha señalados (30 noviembre)– y, por otro lado, en el hecho de que no se contemplaba la posibilidad de considerar la falta de asistencia de los aspirantes en supuestos de fuerza mayor.

Pocas posibilidades de éxito tenía entonces la demanda a plantear si se llevaba por los derroteros de la fuerza mayor. Bien era cierto que la opositora dio a luz, tal y como anticipó su médico unas semanas antes del alumbramiento –con base en cuyo diagnóstico formuló su solicitud al tribunal calificador–, el día anterior a la celebración del examen (29 noviembre), pero en una ciudad diferente, lo que de haber estado contemplada la concurrencia de supuestos de fuerza

<sup>4</sup> Cuyo artículo 8 establece que «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

<sup>5</sup> El artículo 61 del EBEP, sobre «Sistemas selectivos», indica en su apartado 1 que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Asimismo, establece que los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

<sup>6</sup> Publicada por la ya citada *Orden SAN/945/2008, de 28 de mayo*, en la que se establece que «Dentro del proceso selectivo, el Tribunal Calificador resolverá las dudas que pudieran surgir en la aplicación de estas bases, así como la forma de actuación en los casos no previstos. Su actuación se ajustará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo referente al funcionamiento de órganos colegiados».

<sup>7</sup> Conforme a la cual: «Los aspirantes serán convocados en llamamiento único, quedando decaídos en su derecho quienes no comparezcan a realizarlo».

mayor en las bases de la convocatoria habría supuesto muy probablemente la atención de su solicitud o, de no haber sido así, el éxito de su eventual demanda vista la jurisprudencia analizada.

Sin embargo, la fuerza mayor no era un parámetro a considerar en aquella ocasión, por lo que su asistencia letrada tuvo que idear un discurso diferente a los efectos de que a la opositora se le repusiera en su derecho, y la fórmula elegida fue la de entender que con la denegación de la solicitud se cometió una discriminación por razón de su maternidad.

El planteamiento fue aceptado por el TS, y previamente por el Tribunal de instancia, quien tras hacer un recorrido por los pronunciamientos anteriores en la materia –incluidos los suyos–, terminó también por concluir que efectivamente el razonamiento no se movía en términos de fuerza mayor sino de igualdad y que lo que había que hacer era «restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia del parto había alterado en perjuicio de la opositora», circunstancia que solo concurre en la mujer que está a punto de dar a luz, y por ese motivo, y que por esa razón, ve impedida su normal participación en el proceso selectivo, aceptado lo cual procedió a dictar sentencia en los términos que se acaban de señalar, moldeando esta nueva argumentación para la resolución del particular conflicto.

#### 4. CONCLUSIONES

La valoración a realizar en este momento debe encaminarse en primer lugar a analizar la trascendencia jurídica de la sentencia del [TS de 14 de marzo de 2014](#) (rec. núm. 4371/2012). Se trata, como ya se ha venido señalando, de un primer pronunciamiento del Tribunal en la materia, lo que le impide conformar jurisprudencia.

No obstante, el juicio legal que encierra, a tan alto nivel por cuanto aplica las normas informadoras por excelencia en la materia –[CE](#), [LOIMH](#) y [EBEP](#)– con el respaldo añadido de la doctrina del TC, le otorgan un gran valor intrínseco, por cuanto asumido por primera vez por el TS que cabe la aplicación del principio de igualdad en estos supuestos, y con la rotundidad con que lo hace, motivada, es de imaginar, por la fuerza obligatoria de las normas que lo amparan derivada de su situación en la pirámide normativa, es de prever que se ha iniciado un nuevo y estable *iter* jurisprudencial para la resolución de este conflicto, que es previsible volverá a generar un nuevo pronunciamiento que permitirá ya hablar en términos de jurisprudencia.

Exponente de esa doctrina del TC, de la que hasta ahora no hemos hablado, es su [Sentencia núm. 66/2014, de 5 de mayo](#), que se acaba de publicar al tiempo que se redactaban estas notas, y que es un buen ejemplo del espíritu contenido en la STS que sirve de eje principal para el debate que se abre en este «foro», pronunciamiento dictado también bajo el paraguas protector de la [CE](#) y de la [LOIMH](#), a costa de la denegación de la solicitud de una funcionaria en prácticas para que se le reconocieran retroactivamente los derechos que habría adquirido, como lo hicieron sus compañeros de promoción, si hubiera tomado posesión de su plaza tras la realización del

correspondiente curso de prácticas, que se inició el mismo día en que tenía programado su parto, al que por esa razón ella no se pudo incorporar, en el que se señala que «la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja», lo cual constituiría un supuesto de discriminación por razón de sexo.

Pues bien, lo que no hace dudar lo más mínimo al TC –como tampoco al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuya jurisprudencia<sup>8</sup> en idéntico sentido es traída a colación por el primero en su argumentación– ha tardado en llegar a puertas del TS, pero el camino ya está trazado y perfectamente catapultado merced a la fuerza vinculante del Derecho Comunitario e interno al más alto nivel y de la jurisprudencia que los interpreta.

No obstante, y a pesar del reconocimiento contenido en la STS respecto de la lesividad que ha sufrido en sus derechos la opositora recurrente, lo cierto es que –lo mismo que pudo sucederle a quienes obtuvieron un pronunciamiento judicial favorable a sus peticiones en aplicación del concepto de fuerza mayor– la reposición de la situación personal y jurídica que ostentaba en la fecha del examen es más que difícil o puede no tener ya lugar.

Así, no solo la incertidumbre respecto del sentido final de la resolución sino también el tiempo transcurrido en la tramitación del proceso –finalmente seis años–, en primer lugar, ha podido llevarle muy probablemente a no mantener el mismo ritmo de estudio o simplemente a dejar de estudiar, con lo que su preparación frente al examen al que ahora tendrá de nuevo que enfrentarse –en eso va a consistir la ejecución de la sentencia– no será equivalente a la que tenía en el momento de la convocatoria; por otro lado, su situación personal y familiar podría no ser la misma (según ha trascendido a la prensa ahora tiene tres hijos, uno de ellos de corta edad, cuando en el momento de la convocatoria solo tenía al primero de ellos y con una edad que le hacía ser físicamente independiente), y, finalmente, aunque podrá presentarse al examen al que tuvo derecho, reproducir un examen equivalente en todos sus términos al original es de difícil consecución –eso sí, el formato test al menos garantiza una evaluación objetiva...

<sup>8</sup> Vid. [Sentencia Sarkatzis, asunto C-294/04, EU:C:2006:109](#), en la que la aspirante, una vez superadas las correspondientes pruebas de acceso, fue nombrada funcionaria pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad, por lo que solicitó el aplazamiento de su toma de posesión, pero con el reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento, lo cual le fue denegado. A juicio del Tribunal, la [Directiva 76/207/CEE](#) (Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo) se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

Lo cierto es que aquella fue una importante convocatoria<sup>9</sup>, una excelente oportunidad –de hecho no ha vuelto a publicarse una oferta de empleo público similar para este tipo de puesto de trabajo–, de la que esta opositora no pudo participar merced a una interpretación excesivamente rigorista, y por qué no decir ahora, arbitraria, de las bases por las que se regía –tégase en cuenta que, por supuesto, aparte de la CE, ya estaban vigentes tanto la LOIMH como el EBEP, normas que obligaban a la Administración pública, representada por el tribunal calificador en esa ocasión, a procurar los medios para garantizar la igualdad efectiva de hombres y mujeres, normas de calado tan profundo que no cabe imaginar el olvido de su aplicación, sino más bien la voluntad de no querer hacerlo–, y que el deber de soportar o el coste de la oportunidad perdida para esta ciudadana pueden suponer una losa tal que el mero reconocimiento de su derecho de acceso al examen no sea suficiente para reponerle en la situación que ostentaba antes de ser objeto de discriminación.

Por otro lado, tal y como recoge la propia literalidad de la sentencia, su ámbito de aplicación está muy limitado desde un punto de vista material, ya que solo afecta a «la mujer que va a dar a luz en vísperas o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba»; sin embargo, y a pesar de lo que el propio TS señala, si tenemos en cuenta tanto el contenido de las normas que le sirven de fundamento, como la doctrina del TC en la materia, no se ve la razón de ser a ese planteamiento.

¿Por qué no ha de servir su conclusión jurídica, la existencia de discriminación, para resolver supuestos como el que abordó la Sentencia del propio TS de 6 de marzo de 2006<sup>10</sup> (rec. núm. 10507/2003), en la que el tribunal calificador denegó la solicitud de aplazamiento, o de sustitución por otra análoga, de la prueba física que establecían las bases de la convocatoria formulada por una opositora al cuerpo de maestros –especialidad educación física– al encontrarse esta en estado de gestación y suponer un riesgo tanto para su integridad física como para la de su futuro hijo? Es difícil sostener, especialmente a la vista de lo que el TC y TJUE han interpretado, que la normativa sobre igualdad no resulte plenamente aplicable en casos como este –más allá de las cercanías de un parto–, debiendo proceder al reconocimiento de la existencia de discriminación hacia la mujer embarazada a la que no se le reconoce su derecho.

Finalmente, lo que no parece probable es que los derechos del hombre a asistir al nacimiento de su hijo sean subsumibles bajo la órbita de la discriminación y constituirse en razón equivalente a la de la mujer a punto de dar a luz que le exima a un eventual opositor de presentarse

<sup>9</sup> En la repetida Orden SAN/945/2008, de 28 de mayo, se convocó el proceso selectivo para cubrir 706 plazas de la categoría de Diplomado en Enfermería del Servicio de Salud de Castilla y León, correspondiente a la acumulación de las ofertas de empleo público de los años 2007 y 2008, de las que 318 plazas eran para el turno de acceso libre.

<sup>10</sup> Sentencia que no resolvió el asunto a favor de los intereses de la opositora –en línea con la Sentencia de instancia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de abril de 2003 (rec. núm. 1495/2000)–, argumentando que el proceso selectivo no puede suspenderse indefinidamente hasta el momento, indeterminado en el tiempo en que, plenamente recuperada del parto, la recurrente estuviere en condiciones de realizar la prueba. Téngase en cuenta también que, a pesar de que la CE y la Directiva de Igualdad estaban vigentes, y con ellas habría bastado para reconocer la discriminación, esta última aún no estaba traspuesta.

al examen para el que está convocado. Ni tampoco cabría buscar la solución en la fuerza mayor, ya que aunque el advenimiento del nacimiento sea del todo involuntario para él, no se trata de un acontecimiento inevitable que le impida estar físicamente –la fuerza mayor requiere una *vis physica*, una imposibilidad física de estar donde se está obligado– en el lugar de la convocatoria durante el desarrollo del examen.

Y para terminar, un último comentario al respecto de que la protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico a la mujer embarazada que está a punto de dar a luz, o bien –y por qué no– sencillamente embarazada en un estado que le impide desenvolverse con totales garantías de seguridad hacia ella y hacia el hijo que está esperando, debe llegar al ejercicio de cualquier derecho o al cumplimiento de cualquier obligación que sea voluntad de la madre acometer, sean estos cuales fueren, en la medida en que la protección de nuestro Derecho positivo hacia esta situación de hecho no ofrece fricciones: cualquier limitación por razón de un embarazo que ponga a este en peligro supone una discriminación intolerable en nuestro Estado de Derecho.