

EL DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO EN EL EJERCICIO
DE OPOSICIÓN POR MATERNIDAD. COMENTARIO A LA STS DE
14 DE MARZO DE 2014 (JUR 2014, 971 I0)

EQUALITY LAW IN A PUBLIC EXAMINATION TO MATERNITY

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 676-685



Belén
ANDRÉS
SEGOVIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La Sentencia que será analizada en las siguientes páginas resuelve, de forma pionera, el caso de una mujer embarazada que expresa su deseo de realizar las pruebas correspondientes a una oposición para el acceso a la función pública. El Tribunal Supremo declara que el parto se considera una causa suficiente, para no participar en el examen en el día y hora reflejado en las bases. Se debate si se cumple el principio fundamental de igualdad garantizado constitucionalmente y si la respuesta de la Administración en este contexto es eficaz.

PALABRAS CLAVE: Mujer embarazada, acceso, función pública, igualdad, Administración.

ABSTRACT: The Sentence, that will be analysed in the following pages, determines, in a pioneer way, the case of the pregnant woman who expressed the desire to access to the corresponding tests for a public examination. The Supreme Court of Justice declares that the labour is considered an enough cause, to not carry out the tests at the established time and place. It is discussed whether the compliance with the fundamental equality principle, that is guaranteed by the constitution and if the answer of the administration, in that context, is effective. **KEY**

WORDS: Ipregnant woman, access, public examination, equal, administration.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El parto: ¿enfermedad o casa natural?- III. Discriminación positiva por razón del sexo e igualdad de acceso al concurso-oposición por parto.- IV. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

Doña Gloria es admitida para realizar las pruebas correspondientes al proceso selectivo convocado por el Servicio de Salud de Castilla y León (28 de mayo del 2008) para la constitución de la Bolsa de Empleo de esta categoría. El objeto de dicha convocatoria es la provisión de dos puestos trabajo de Diplomado en Enfermería.

Las bases de la convocatoria contemplan la superación de dos fases para la obtención de la plaza. La primera de ellas, la fase de *oposición*, consistente en la realización de un único ejercicio igual para todos los turnos o sistemas de acceso y que tendría carácter eliminatorio. La prueba consistía en contestar a un cuestionario que estaría formado por 90 preguntas relacionadas con el programa, con cuatro respuestas alternativas, siendo sólo una de ellas la correcta. El Tribunal calificador dispuso que el ejercicio se convocara con fecha 30 de noviembre de 2008 y que el lugar de celebración del concurso fuera León. Para acceder a la segunda de ellas, la fase de *concurso*, los aspirantes deberían haber superado previamente la fase de oposición.

La aspirante, que reside en Burgos, conocedora de su avanzado estado de gestación, ante la previsión de que en la fecha por la que se convocaba la oposición se encontrara de parto, solicitó al tribunal calificador con fecha de 18 de noviembre de 2008 celebrar el ejercicio en su domicilio o, en su caso, en el centro sanitario donde tuviera lugar el alumbramiento. Su solicitud fue denegada con base en el punto 7.6 de la convocatoria, con fundamento en el "llamamiento único" y se dispone que el lugar de celebración de la oposición será León. Doña Gloria dio a luz el 29 de noviembre de 2008 obteniendo el alta el 1 de diciembre de 2008.

La recurrente, disconforme con la denegación de su solicitud, formuló recurso Contencioso-administrativo sustanciado como Procedimiento Ordinario 700/2009

• Belén Andrés Segovia

Licenciada en Derecho por la Universidad Jaime I de Castellón, Máster Oficial en Derecho Administrativo y de la Administración Pública de la Universidad de Valencia y estudiante de Doctorado en Derecho Administrativo por la misma Universidad. Colabora en el Proyecto de Investigación "Pluralismo y contenidos en la nueva regulación española de los mercados audiovisuales" del Plan Nacional de I+D+i, del Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España (ref. DER2012-37122). Actualmente es becaria de la Generalidad Valenciana en prácticas profesionales en la Dirección General de Desarrollo Autonómico de la Consellería de Gobernación y Justicia. Correo electrónico: beanse@alumni.uv.es.

contra la decisión del tribunal calificador. En este sentido, impugnados los actos anteriores por la aspirante, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (25 de septiembre del 2012), estimó el recurso de la actora, anuló los actos que la dejaron fuera del examen, y reconoció su derecho a participar en el ejercicio de la oposición para que, en caso de superarlo pudiera continuar con las siguientes fases del procedimiento selectivo. Contra dicha sentencia se anunció recurso de casación por la letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ante el Tribunal Supremo el 7 de mayo del 2013. Finalmente, el Tribunal Supremo dictó sentencia sobre el particular el día 14 de marzo de 2014.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 25 de septiembre de 2012, llegó al convencimiento de que la contingencia procedente del alumbramiento de la aspirante a la oposición para una de las plazas correspondientes a la Diplomatura en Enfermería debía de ser calificada como causa suficiente para declarar su derecho a poder participar en el ejercicio correspondiente a la prueba de oposición y en el caso de superarlo poder continuar con las restantes fases. Para la resolución del caso, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León valoró que la opositora había sido admitida en una ciudad distinta a la que vivía y que solicitó (el 18 de noviembre anterior) ser examinada a título individual en su domicilio o en el hospital en que pudiera encontrarse el día del examen (30 de noviembre del 2008). Por ello, dicha instancia consideró probada la imposibilidad de realizar el examen en relación al punto 7.6 de la base de la convocatoria -"llamamiento único"-, por encontrarse indispuesta para la realización del mismo. Por tanto, reconoció el derecho de la recurrente al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) proyectada por razón de maternidad.

Por su parte, el Tribunal Supremo realiza un exhaustivo repaso sobre su jurisprudencia, la cual no es uniforme. En este sentido, los indicios más comunes sobre el embarazo que tradicionalmente ha manejado la doctrina jurisprudencial se encuentran en las SSTS 6 marzo 2006 y 27 abril 2009. No obstante, será únicamente considerada la segunda de las sentencias citadas, por cuanto reconoció el derecho de una aspirante, tras superar la primera fase de oposición, a posponer el segundo ejercicio alegando "fuerza mayor". Tal consideración trae causa en el hecho de que la opositora no se encontraba en las condiciones físicas adecuadas -tras dar a luz- para realizar las pruebas oportunas para el acceso a una plaza de profesor de educación física en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). En este supuesto la sentencia del Supremo entendió que el tribunal calificador debía excepcionar el contenido de las bases en relación con el "llamamiento único".

A continuación, se procede a valorar si concurre o no la noción de fuerza mayor. Esta figura, como es sobradamente predicado en la jurisprudencia del orden social -concepto que ahora se trae a sede contencioso-administrativa-, dispone de dos elementos sin los cuales no puede ser calificada: 1º) involuntariedad e 2º) inevitabilidad. El Tribunal Supremo entiende en este sentido que dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor; ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo en la citada STS 14 marzo 2014 estima el derecho de la aspirante a participar en la oposición anteriormente aludida en condiciones de igualdad con el resto de opositores admitidos a la misma. En este sentido, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León (7 de mayo de 2013).

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

La STS 14 marzo 2014 es pionera en cuanto al acceso a la función pública se refiere, en concreto, en lo que tiene que ver con el derecho de igualdad en el acceso al ejercicio de oposición por maternidad.

El art. 23 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Este *status activae civitatis* no se agota en la elección de representantes, sino que se extiende al derecho a acceder a los cargos públicos. Para empezar, se compone de una doble vertiente: en primer lugar, los cargos públicos a proveer mediante elección –derecho de sufragio pasivo- y, en segundo lugar, respecto de funciones y cargos públicos de índole no representativa –acceso a la función pública-. En consecuencia, la Constitución española viene a reconocer este derecho en sus dos dimensiones de acceso a funciones, de cargos electivos o no, en su art. 23.2.

Asimismo, considera que “el [ciudadano], tiene derecho a acceder, en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Debe tenerse en cuenta el requisito adicional que se introduce por cuanto las bases establecen los requisitos necesarios para poder optar a la realización del examen –entre ellas se encuentra la posesión del título de Diplomado en Enfermería en la fecha en que queda convocado el examen- (de 28 de mayo de 2008). De ahí que no venga a configurarse el contenido del derecho como aplicable a todos los ciudadanos, puesto que no se trata de un derecho subjetivo a la plaza, sino de

un derecho que se puede adquirir tras superar las pruebas correspondientes al proceso de selección. En cualquier caso, las bases pueden restringir el ámbito o requisitos para el acceso de los cualificados a optar por una función o cargo público.

Sentado lo anterior y sin pretensiones de exhaustividad, ello no supone la absoluta libertad de acción a la hora de determinar los requisitos en cuestión. Éstos no pueden ser discriminadores en sí mismos –excluyendo en este caso *a priori* a personas de determinado sexo-, ni podrán suponer la vulneración de otros preceptos constitucionales, así como, por ejemplo, los arts. 3, 4, 5, 8 y 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por último, se considerará el punto 6.5 de la Orden por cuanto autorizaba al tribunal calificador a resolver los extremos no previstos por las demás bases, así como también para interpretarlas.

II. EL PARTO: ¿ENFERMEDAD O CAUSA NATURAL?

La aspirante presentó una solicitud dirigida al tribunal calificador el día 18 de noviembre de 2008 con el fin de poder realizar –en caso de dar a luz- las pruebas correspondientes al ejercicio de oposición en su domicilio, ubicado en Burgos, o en el hospital donde se tenga por efectivo el alumbramiento, *a sensu contrario* de lo establecido en el apartado 7.6 de las bases de la convocatoria. En suma, se pretende restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia de parto había alterado en perjuicio de la recurrente. Señala a continuación el Tribunal Supremo –frente a la denegación del tribunal calificador- que no estamos ante una enfermedad, ya que ni el embarazo ni el parto lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión. Vaya por delante que la cesárea en tales casos no será considerada, como una operación quirúrgica, sino como posible consecuencia del alumbramiento. Por lo tanto, el parto no constituye *per se* una causa de fuerza mayor.

Aclarados tales extremos, la circunstancia por la que se produce el parto, no se configura como una causa de *enfermedad*, sino como el punto final de un proceso natural cuyo único extremo es la inexactitud temporal del alumbramiento. Sin embargo, la opositora sí que puede prever, tal y como lo demuestra su solicitud, el lapso de tiempo en el cual podría situarse el mismo. Este gesto demuestra una actuación de buena fe por parte de la recurrente respecto al proceso selectivo. Estamos por tanto ante el análisis jurídico de un supuesto de hecho muy específico cual es el de la mujer que va a dar a luz en vísperas (29 de noviembre del 2008) o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba (30 de noviembre del 2008), situación que solamente puede darse respecto de la mujer que se encuentra a punto de ser madre y por este solo motivo.

III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DEL SEXO E IGUALDAD DE ACCESO AL CONCURSO-OPOSICIÓN POR PARTO.

El razonamiento del Tribunal Supremo en esta ocasión se desarrolla en torno a dos términos: la discriminación positiva por razón del sexo y la igualdad de acceso al concurso oposición por parto. En el primer caso, la solemne proclamación de este principio se prevé en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 61.1.) y en el art. 23.2 CE, por cuanto determina que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizaran la libre concurrencia en el mismo, sin perjuicio de la discriminación positiva prevista en las leyes, que en todo caso velarán por el principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

La sentencia propone una exhaustiva lista de casos similares al fallo del caso descrito por la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012. El Tribunal Supremo muestra su falta de uniformidad en el planteamiento de las SSTS 6 marzo 2006 y 27 abril 2009. Esta última cuenta con el respaldo de la doctrina del Tribunal Constitucional, que se muestra contraria a los tratamientos peyorativos, que traen causa en determinadas situaciones de ámbito laboral y del embarazo (SSTC 173/1993, 240/1999 y 20/2001).

Piénsese -en el caso del embarazo-, que el supuesto que subyace de la STS 6 marzo 2006, no es idéntico al que nos ocupa. Los antecedentes de hecho de la sentencia describen como la aspirante al cuerpo de maestros -especialidad educación física- se encontraba embarazada, por lo que solicitó el aplazamiento, o sustitución por prueba análoga, de la prueba física a la que tenía que presentarse por entrañar la misma, un riesgo para su salud y la de su futuro hijo.

Por su parte, la STS 27 abril 2009 trataba de determinar si el concepto de fuerza mayor se podía intuir de la operación a la que fue sometida el 27 de febrero una aspirante de oposición tras haber dado a luz, teniendo en cuenta el lapso de tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta que fue convocada la oposición (4 de marzo del 2009). Por lo tanto, la recurrente solicitaba un aplazamiento de la fecha por las molestias e inflamaciones que le provocaba la intervención a la que fue sometida.

Cabe recordar que los supuestos resueltos por estas dos sentencias se caracterizan por presentar rasgos de involuntariedad e inevitabilidad. En concreto, la sentencia del 2009, a la cual se acoge la recurrente, atendió los criterios jurisprudenciales de fuerza mayor que ante una falta de prueba pericial en contrario se pronunció en el sentido de que, el aplazamiento del examen de oposición justificado en este caso no afecta a la seguridad jurídica ni rompe las condiciones de igualdad entre los participantes.

Por su parte, la Sala del TSJ de Valladolid no pronunció un fallo anulatorio sino que se limitó únicamente a expresar el derecho de la opositora a participar en la convocatoria y a seguir, en caso de superar la primera, con ulteriores fases previstas por las bases. No son relevantes para resolver el recurso de casación ni el hecho de que el proceso selectivo hubiera concluido más de un año antes de que se dictara la sentencia, ni las consecuencias que de su fallo estimatorio pudieran derivarse para quienes fueron nombrados a su conclusión. Lo primero porque esa circunstancia no sana las infracciones al ordenamiento jurídico que pudieren haberse cometido por la Administración autonómica y lo segundo porque la Sala del TSJ de Valladolid no pronunció un fallo anulatorio, sino que se limitó a declarar el derecho de la opositora a realizar el ejercicio de la fase de oposición y a seguir las ulteriores fases selectivas. Tampoco tiene que ver con la legalidad de la sentencia el mayor o menor número de participantes admitidos o de aspirantes que se presentaron a la fase de oposición. La cuestión reside, en cambio, en su interpretación.

El Tribunal Supremo, en fecha de 14 de marzo de 2014 concluye, de igual modo que el fallo de las referidas sentencias y en el mismo sentido en que lo hizo en su momento la sentencia de instancia, con un pronunciamiento de índole positiva a favor de la recurrente. Se entiende que, denegando la solicitud de la recurrente, el tribunal calificador hizo una aplicación desproporcionada del punto 7.6 de las bases de la convocatoria contraviniendo las normas señaladas y cometiendo por tanto, una discriminación directa por razón del embarazo y la maternidad. Sin embargo, no puede atenderse de forma exhaustiva a los criterios de tales sentencias, al referirse a mujeres que se encuentran en estado de gestación y no de casos específicos de parto.

En segundo lugar, dispone el art. 1.1 de la CE, el genérico “valor” que guarda el concepto de igualdad por cuanto se transforma en principio en su art. 14 CE y cobra naturaleza de “derecho fundamental” cuando se refiere a la igualdad en el acceso al ejercicio de las funciones públicas en las condiciones legalmente establecidas (art. 23.2 CE).

En este sentido, hay dos grandes manifestaciones de ese principio: a) en un primer lugar, la igualdad de contenido de la norma –que es la misma para todos y tiene un contenido general y abstracto, por lo que no está destinada a concretos estamentos privilegiados-; y b) en segundo lugar, la igualdad en la aplicación de la norma –que debe ser interpretada de forma uniforme por sus potenciales destinatarios-. Ahora bien, la igualdad de trato no debe diferenciarse de la identidad, pues los ciudadanos no son iguales en sus cualidades o circunstancias individuales o sociales, tal es el caso del derecho a la igualdad de acceso al concurso-oposición por parto.

Se alega al respecto, en relación a los dos principios, que una mujer embarazada puede verse limitada en sus derechos como consecuencia de su situación física y

la no previsión del mismo puede ser objeto de una discriminación por razón de su sexo y por lo tanto, constituye un claro impedimento para acceder a las pruebas propias de un proceso de selección público.

Finalmente, en este supuesto se ha considerado que la denegación por parte del tribunal calificador de la solicitud de la recurrente de realizar las pruebas oportunas para acceder a una de las plazas correspondientes a la Diplomatura en Enfermería, constituye una medida discriminatoria por cuanto no dispone de un razonamiento objetivo o racional que justifique que la recurrente no pueda presentarse a la convocatoria en igualdad de condiciones que el resto de los participantes.

IV. CONCLUSIÓN.

Huelga decir, para concluir este análisis, que la igualdad es entre unos y otros gobernados y no se refiere a la comparación entre gobernantes y gobernados, es decir, a la situación de la Administración Pública y la del ciudadano que con ella se relaciona, sino a la igualdad entre los ciudadanos. La desigualdad se encuentra entre los medios utilizados por la Administración Pública para convocar un procedimiento de concurso oposición para la provisión de dos plazas de Diplomados en Enfermería, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y los ciudadanos que solicitan su participación. Por tanto, el derecho de una mujer en estas circunstancias -parto- obliga a tener en consideración principios fundamentales tan relevantes como lo son el principio a la igualdad (art. 14 CE) y a la no discriminación por razón de sexo (art. 23.2 CE).

Tal es así que expuestos los aspectos principales de las tres sentencias invocadas por las partes, es decir, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012, y las SSTS 6 marzo 2006 y 27 abril 2009, debemos considerar que no está en discusión si media o no fuerza mayor.

En estos supuestos, el Tribunal Supremo declara en su STS 14 marzo 2014 que el embarazo no puede ser considerado como una enfermedad. Por lo tanto, el parto es la consecuencia natural del mismo y, en consecuencia, no debe ser un impedimento para poder acceder a las pruebas públicas en condiciones de igualdad. En otras palabras, si la Administración interviene en la libertad del ciudadano para limitarla -tal y como pretende la Comunidad Autónoma al recurrir el fallo de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012-, esa intervención debe ser igual para todos, pues no se admiten ni privilegios, ni discriminaciones individuales en razón del sexo.

