

**BOLETÍN DE CONSULTAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE  
LA FUNCIÓN PÚBLICA (BODECO)**

**ASUNTO:** Toma de posesión como funcionario de carrera en la situación de incapacidad temporal.

**MATERIA:** Acceso, adquisición y pérdida de la condición de funcionario.

**FECHA:** 21/05/18 y 03/07/18

**Nº:** 1\_4

**CONSULTA:**

Se formula consulta sobre la posibilidad de tomar posesión en la situación de incapacidad temporal.

Asimismo, se consulta sobre el régimen aplicable en los casos de parto y embarazo.

**RESPUESTA:**

El artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece en su apartado 1 que uno de los requisitos para la participación en los procesos selectivos es el de "*poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas*".

Por su parte, el artículo 62.1.d) del TRLEBEP señala, como requisito para la adquisición de la condición de funcionario de carrera, "*la toma de posesión dentro del plazo que se establezca*".

Igualmente, el artículo 36.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 exige para adquirir la condición de funcionario de carrera cumplir el requisito de tomar posesión dentro del plazo de un mes, a contar de la notificación del nombramiento.

**BOLETÍN DE CONSULTAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (BODECO)**

Asimismo, el artículo 62.2 de dicha norma establece que *"no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria"*.

Por su parte, el Reglamento General de Ingreso, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que resulta de aplicación a los funcionarios de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, en su artículo 23 ha establecido el siguiente desarrollo a este respecto:

*"1. Los aspirantes propuestos aportarán ante la Administración, dentro del plazo de veinte días naturales desde que se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» las relaciones definitivas de aprobados a que se refiere el artículo anterior, los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria.*

*2. Quienes dentro del plazo indicado, y salvo los casos de fuerza mayor, no presentasen la documentación o de la misma se dedujese que carecen de alguno de los requisitos exigidos, no podrán ser nombrados, quedando anuladas todas sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en sus solicitudes de participación.*

*3. Los que tuvieran la condición de funcionarios públicos estarán exentos de justificar las condiciones y requisitos ya acreditados para obtener su anterior nombramiento, debiendo presentar únicamente certificación del Ministerio u organismo del que dependan, acreditando su condición y demás circunstancias que consten en su expediente personal"*.

Partiendo de este precepto, este Centro Directivo ha venido entendiendo que, por analogía, lo dispuesto en el artículo 23.2 sobre la "fuerza mayor", también sería extensible al acto de toma de posesión.

La fuerza mayor es un concepto jurídico indeterminado que, según doctrina y jurisprudencia reiteradas, puede definirse como *"un hecho que no hubiera podido*

**BOLETÍN DE CONSULTAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (BODECO)**

*preverse o que, habiéndose podido prever, hubiera sido imposible de evitar”, tal y como dispone el artículo 1.105 del Código Civil (por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2009).*

Como se señala, la fuerza mayor, además de ser un concepto jurídico indeterminado, se caracteriza entre otros extremos por la “imprevisibilidad” del hecho que la provoca, lo que permite indicar que no se puede exigir a la Administración que con carácter previo determine todas y cada una de las causas que tienen la condición o carácter de fuerza mayor, ya que, entre otros extremos, como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo en su Sentencia de 16 de septiembre de 2011, sería contrario a la esencia misma de la fuerza mayor, de manera que su delimitación o concreción, por regla general, es algo casuístico que dependerá de las concretas circunstancias alegadas y acreditadas por los distintos aspirantes en cada momento.

Como se indicaba, se calificarían de fuerza mayor, según la jurisprudencia, los hechos ajenos a la voluntad del interesado que han de merecer la calificación de inevitables e imprevisibles, entendiéndose por imprevisible, según señala el Alto Tribunal, *“aquello que puede suceder pero que no es probable que suceda”* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de diciembre de 2009).

Sin embargo, y como ya se ha señalado, el elemento casuístico es algo determinante en estos casos, de manera que, sin perjuicio de que *a priori* se puedan establecer distintos supuestos como causas de fuerza mayor, han de ser las circunstancias que concurren en cada caso las que permitan integrar el supuesto y determinar sus consecuencias.

Por otra parte, en los casos de provisión de puestos de trabajo por los procedimientos de concurso y de libre designación, el artículo 48.3 del Reglamento General de Ingreso establece expresamente que *“el cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados, salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos”*.

**BOLETÍN DE CONSULTAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (BODECO)**

En consecuencia, a juicio de este Centro Directivo y a la luz de la previsión normativa señalada más arriba, se considera que la situación de incapacidad temporal debidamente acreditada que cumpla con las exigencias fijadas en la jurisprudencia y no sea causa de incapacitación funcional, constituye causa justificada de fuerza mayor que permitiría que la toma de posesión se produzca una vez finalice dicha causa.

Por otra parte, y atendiendo a la consulta planteada, ha de tenerse en cuenta el régimen aplicable a los supuestos de parto y embarazo.

De acuerdo con la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, así como a la luz de la propia jurisprudencia constitucional, se entiende que el embarazo o la maternidad no pueden ser causas que afecten negativamente a los derechos profesionales de la mujer.

De ahí que se entienda que, aun estando en situación de incapacidad temporal como consecuencia del embarazo, en situación de riesgo durante el embarazo o incluso en la situación de baja por maternidad, ello no debe de ser óbice para que una funcionaria pueda tomar posesión de su puesto de trabajo si ese es su deseo, continuando desde ese momento en la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o permiso por parto que viniera disfrutando o que le correspondiera desde ese momento.

Esta interpretación no es óbice para que la interesada, pueda, asimismo, instar a que se declare que los casos indicados constituyen causa justificada de fuerza mayor que permitiría que la toma de posesión se produzca una vez finalice la misma; si bien esta segunda decisión, por mor de la doctrina antes expuesta, debe responder exclusivamente a una decisión libérrima de la funcionaria y no a una imposición de la Administración Pública, garantizándose así que no se vean frustrados sus derechos profesionales.

De este modo, es la interesada la que puede optar, bien por tomar posesión y pasar a disfrutar de la licencia por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, o permiso por parto, según proceda; o bien, solicitar que se estime una situación de

**BOLETÍN DE CONSULTAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE  
LA FUNCIÓN PÚBLICA (BODECO)**

fuerza mayor, previéndose entonces que el cómputo del plazo posesorio se inicie o, en su caso, se reanude, cuando finalice la situación de incapacidad temporal derivada de la gestación o el permiso por parto.

Obviamente, en todos los casos, opte por una u otra opción, la causa alegada por la interesada deberá ser debidamente acreditada por la misma por medios fehacientes.

Por último, es necesario analizar también la posibilidad de que sea el interesado quien, aun estando en situación de incapacidad temporal, solicite expresamente tomar posesión y no se acoja a la declaración de fuerza mayor.

En este caso, y sin perjuicio de lo ya indicado para los supuestos de gestación o parto, ha de ser el órgano competente el que, a la luz de las circunstancias concurrentes, valore la procedencia de dar o no la toma de posesión, si bien se entiende que deberá quedar acreditado que la enfermedad o accidente que ha dado lugar a dicha incapacidad temporal, en ningún caso, supone una falta de capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo o Escala en la que se ingresa; ya que de lo contrario, se trataría del incumplimiento de uno de los requisitos exigibles hasta ese momento para adquirir la condición de funcionario de carrera, como es el de estar en posesión de la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.