

## **DERECHO AL CÁMPUTO DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS COMO TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

*Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) de 19 de enero de 2023  
ECLI:ES:TS:2023:185*

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El asunto que se dirime trae causa en un recurso que se formula en vía administrativa contra el acuerdo adoptado por el Tribunal Permanente de Selección de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, referente a la propuesta de contratación de un trabajador laboral temporal en la modalidad de contrato de relevo, con la categoría de Técnico Superior de Farmacia, recayendo la propuesta en el candidato que obtuvo mayor puntuación.

Contra este acuerdo se interpone recurso de reposición, pues entiende la recurrente que la Resolución del Acuerdo del Tribunal calificador ha vulnerado sus derechos al no haberse valorado la experiencia profesional durante el tiempo correspondiente al periodo de excedencia por cuidado de hijos como mérito en el concurso.

Contra la desestimación presunta del recurso de reposición se pronunciará la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve estimar parcialmente la pretensión de la interesada anulando la resolución impugnada. Finalmente, la Comunidad de Madrid promueve Recurso de Casación frente a la referida sentencia, dando lugar a la resolución que nos ocupa.

**RESUMEN:** La Sentencia del Tribunal Supremo reconoce el derecho de la interesada a que se le compute el período transcurrido en situación de excedencia por cuidado de hijos como experiencia profesional en los procesos selectivos de ingreso al empleo público como personal laboral.

Considera el Alto Tribunal que en las pruebas de acceso libre para la adquisición de la condición de personal laboral al servicio de la Administración Pública resulta de aplicación el artículo 57 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y determina además la aplicación de este precepto con independencia de la previsión que se hubiere contemplado en las bases de la convocatoria.

\* Prof. Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## ÍNDICE

1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS
2. CUESTIONES DE DEBATE
  - 2.1. Identificación de las normas objeto de interpretación
  - 2.2. Razonamientos jurídicos
3. CONCLUSIONES

### 1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

La aspirante a la plaza convocada considera sus derechos vulnerados por la Administración Pública en tanto que se le impidió postularse en igualdad de condiciones con otros aspirantes al puesto por el hecho de haber disfrutado de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos.

Alega la afectada que la discriminación indirecta que sufrió le perjudicó al concursar y acceder al puesto convocado, vulnerando el derecho de igualdad efectiva.

Es por ello que, tras la publicación del acuerdo y listado de puntuaciones de los candidatos, reclamase porque no se le había valorado el tiempo permanecido en excedencia por cuidado de hijos, en su trabajo en una oficina de farmacia.

Debe tenerse en cuenta que en el caso que nos concierne, según lo establecido en las bases de la convocatoria, la experiencia profesional aparece contemplada como mérito a valorar entre los aportados y acreditados por los candidatos.

En concreto, la Base 5ª de la convocatoria contemplaba, entre los méritos a computar, el relativo a la experiencia profesional, tanto en centros públicos como privados o por cuenta propia. Todo ello de conformidad con el Convenio colectivo vigente para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Invoca la interesada la aplicación de los artículos 56 y 57 de la LO 3/2007, de Igualdad entre mujeres y hombres; y el art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, que contempla como situación asimilada al alta las situaciones de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo.

La Comunidad de Madrid rechaza, según su criterio, la pretensión de ampliar los efectos de la situación de excedencia extendiéndola, a su juicio, más allá del ámbito puramente laboral.

En cuanto a los argumentos esgrimidos de contrario por la Administración para oponerse a la pretensión que ejerce la interesada, conviene señalar que son varios y diversos los motivos alegados y en los que fundamenta su posición.

Se aduce que, si bien en la Base 5ª de la convocatoria la valoración de la experiencia profesional se contemplaba entre los méritos que debían ser objeto de valoración, la referida experiencia profesional requiere el desempeño efectivo de funciones remuneradas, argumentando que el propio concepto de experiencia ha de ir vinculado necesariamente a la experiencia real, material. Hasta el punto de calificar de “ficción” la interpretación en virtud de la que el tiempo en excedencia ha sido realmente trabajado a los efectos de ser considerada como experiencia profesional.

En este sentido, se sostiene que la excedencia voluntaria por cuidado de hijos no implica que exista una prestación efectiva de servicios.

Se rechaza de plano la Intención de la recurrente en instancia, que a su juicio no es sino la de extrapolar los efectos de una excedencia en el ámbito de una relación ajena a la Administración – en el marco de una relación laboral en el ámbito privado- a un proceso selectivo convocado por aquélla, no para la provisión de un puesto, sino para el acceso a la función pública.

Apoya además sus alegaciones en el razonamiento de que la situación de excedencia implica la suspensión temporal del contrato de trabajo y de la actividad profesional; negando que se trate de una situación de servicio activo pese a su cómputo a otros efectos, como es el caso del cálculo de trienios, la consolidación del grado personal o de derechos pasivos, pero sin que quepa extenderlos más allá.

A lo que se añade que el artículo 89 del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla más beneficios que los previstos expresamente y no cabe admitir que se extienda al acceso al empleo público.

Otro de los argumentos esgrimidos por la Administración es el referido a la interpretación restrictiva que a su juicio debe hacerse del citado artículo 89 EBEP, precepto que no resultaría aplicable, a su entender, al personal contratado laboral, sino únicamente a los funcionarios de carrera, atendiendo estrictamente a su tenor literal.

Por otra parte, rebate igualmente la aplicación del art 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, invocado de contrario, en el entendimiento de que la asimilación al alta en la situación de excedencia por cuidado de hijos tiene por objeto exclusivamente la aplicación de la acción protectora ante las contingencias. Se niega pues la pretendida finalidad a efectos del cómputo de la excedencia en los indicados procesos selectivos.

La Administración considera que tampoco la excedencia es una situación que se pueda equipar al permiso de maternidad -situación sobre la que ya se han emitido pronunciamientos judiciales anteriores-, en tanto esta última está pensada para la recuperación tras el parto y para procurar al hijo los primeros cuidados.

## 2. CUESTIONES DE DEBATE

En el Auto de admisión del recurso, se precisa la cuestión en la que se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y así se somete a la consideración de la Sala como principal cuestión a discernir.

La cuestión central objeto de litigio radica en dilucidar si el período de tiempo en excedencia por cuidado de hijos ha de ser objeto de valoración y computarse como tiempo de trabajo efectivo; y en tal caso, si ese período de tiempo debe contabilizarse en los procesos de selección para el ingreso a la función pública o únicamente en los procesos de provisión de puestos y a ellos debe quedar circunscrito.

El Tribunal habrá pues de determinar si la previsión del artículo 57 de la LO 3/2007, de Igualdad entre mujeres y hombres es aplicable a las pruebas de acceso al empleo público; de ser así, si se debe valorar el tiempo transcurrido en la situación administrativa o laboral de excedencia voluntaria por cuidado de hijo de forma idéntica o equivalente a la situación administrativa de servicio activo o laboral de servicios efectivos prestados<sup>1</sup>.

### 2.1. Identificación de las normas objeto de interpretación

En el propio auto de admisión del recurso, la sección de admisión procede a la identificación de las normas jurídicas que serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que el debate requiera extenderse a otras normas.

Para dar respuesta a la cuestión litigiosa se requiere la interpretación de los artículos 14 y 23 de la Constitución, artículo 57 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>2</sup>; el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del Estatuto Básico del

<sup>1</sup> Sobre una cuestión semejante, tuvo ocasión de pronunciarse la Sala en la STS 1155/2022 de 19 de septiembre, al resolver si las previsiones del art. 57 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, resultan de aplicación o no a las pruebas de acceso al empleo público y, en caso afirmativo, determinar si se impone una valoración del tiempo pasado en la situación administrativa o laboral de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo o a la laboral de servicios efectivos prestados, y ello con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso.

<sup>2</sup> Tras disponer en el artículo 56, respecto al personal al servicio de la Administración Pública, que “la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”; el artículo 57, relativo a la “Provisión de puestos y conciliación”, del siguiente tenor: “A los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones referidas en el artículo precedente”.

Empleado Público<sup>3</sup>; artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup>; y el art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social<sup>5</sup>.

De esta normativa se desprende que es derecho de los trabajadores, sea en el ámbito público o en el privado, la excedencia por cuidado de hijo para conciliar la vida personal, laboral y familiar; en tanto que son normas que protegen el empleo preservando durante esa excedencia los derechos inherentes al puesto de trabajo, como la reserva del mismo, antigüedad, y formación<sup>6</sup>.

## 2.2. Razonamientos jurídicos

Centrados los términos de la litis, veamos cuáles son los razonamientos que esgrime el Tribunal en su Fundamentación jurídica para sustentar su criterio.

Declara la Sala como premisa que no hay derechos absolutos, por lo que la conciliación entre derechos de los empleados públicos debe efectuarse conforme a los criterios que marca la Constitución y la normativa de la Unión Europea, con arreglo al principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres<sup>7</sup>.

En este sentido, como se reconoce en la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>8</sup>, la igualdad de trato entre hombres y

<sup>3</sup> El artículo 89.4 EBEP: reconoce que “los funcionarios de carrera tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo... El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación”.

<sup>4</sup> El artículo 46.3 ET, en idénticos términos, reconoce que “los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo y añade que el período de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad”.

<sup>5</sup> Contempla como situación asimilada al alta las situaciones de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo.

<sup>6</sup> Por lo que prevén una equiparación del tiempo de servicio con los periodos en que se esté disfrutando de la excedencia para el cuidado de un hijo (STS 1155/22)

<sup>7</sup> En el marco de la Ley Orgánica 3/2007 y la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo. La Sala recuerda, al plantearse el alcance del 89.4 EBEP, que la interpretación ha de hacerse al amparo de la ley, jurisprudencia y realidad social en la que vaya a aplicarse.

<sup>8</sup> Artículo 3, a cuyo tenor “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de responsabilidades familiares y el estado civil”.

Sobre la integración del principio de igualdad en la aplicación e interpretación de las normas, el artículo 4 lo contempla como un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la aplicación del ordenamiento jurídico.

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo (artículo 5 L.O. 3/2007).

mujeres es predicable tanto en el ámbito público como privado, tratándose pues de exigencias que no puede ignorar el tribunal de calificación.

De esta forma, la Sala se hace eco de la doctrina seguida en anteriores pronunciamientos propios como del Tribunal Constitucional, en los que se ha venido manteniendo que los preceptos de la Ley Orgánica 3/2007 resultan aplicables en el ámbito de la función pública y de la contratación laboral.

Y, por ende, tanto a los procesos de selección para ingresar en el empleo público como a los procesos de provisión.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre discriminación, recuerda la Sala que se considera discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable a la mujer por razón de sexo o de la maternidad, en la que se encuentra comprendido el cuidado de hijos<sup>9</sup>.

Si bien hay que precisar que ciertamente algunas de las sentencias invocadas no coinciden plenamente con el objeto de la litis, pues se pronuncian a propósito del permiso de maternidad, debe tenerse en consideración que los artículos 56 y 57 L.O. 3/2007 “equiparan los permisos y beneficios de protección de la maternidad y conciliación conexos y entre ellos se incluye la excedencia voluntaria por cuidado de hijos”<sup>10</sup>.

En relación con la proyección del principio de igualdad en el empleo público, se ha admitido la aplicación de la normativa de igualdad en los procesos selectivos de ingreso. Así, se ha venido manteniendo, que el artículo 57 L.O. 3/2007 de igualdad es aplicable a los distintos sistemas selectivos de empleo público<sup>11</sup>.

La Sala reproduce su criterio, emitido en la STS 1155/2022, de 19 de septiembre, al considerar que el artículo 57 L.O. 3/2007 no puede interpretarse de forma aislada, sino conjuntamente con las demás normas de aplicación al pleito. La ratio dicendi de la sentencia no se basa en la interpretación exclusiva del precepto por ser el más invocado, ignorando el resto.

Así pues, ha de tenerse en consideración que el artículo 57 se incardina en la regulación general del principio de igualdad por razón de sexo en el empleo público,

<sup>9</sup> STC nº 233/2007, en su FJ 1º.

<sup>10</sup> STS 4/20, de 14 de enero, en la que se planteó si la exclusión como mérito del período de disfrute de permisos y licencias derivadas de la maternidad supone una discriminación por razón de sexo. Se apreció trato discriminatorio por razón de sexo al no valorarse el mérito controvertido con igual alcance y con el mismo trato que se dispensa a las funcionarias de duración indefinida en la misma situación de permiso de maternidad, preferencia frente al derecho fundamental de acceder en igualdad de condiciones a la función pública (art. 23 Constitución española); la STS 685/20, de 5 de junio, en términos similares, aunque referido a un supuesto de concurso de destinos entre funcionarios; la STS 1738/22, de 22 de diciembre, sobre un concurso de traslado.

<sup>11</sup> STS 1768/2020 de 17 de diciembre y 174/2021 de 10 de febrero, referidas a procesos de provisión de puestos entre funcionarios.

bajo la rúbrica “Conciliación y provisión de puestos de trabajo”, al disponer que en las bases de los concursos para la provisión de puestos se computará ...”, su finalidad no es otra que la de garantizar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, siendo la conciliación el bien jurídico tutelado.

A ello hay que añadir que la L.O. 3/2007 no es una norma sectorial reguladora del empleo público, sino que se trata de una norma horizontal que, entre otros aspectos, incide puntualmente en el régimen del empleo público; ello requiere precisar cuál es su alcance en la referencia a la “provisión de puestos de trabajo”.

Al tratarse de funcionarios públicos, la provisión tiene como destinatarios a quienes ya son funcionarios, en tanto supone un cambio de destino o de puesto, siendo las formas típicas de provisión el concurso o la libre designación.

Respecto a quienes ya son funcionarios, el art. 89.4 EBEP contempla la excedencia por cuidado de hijos atenuando un elemento de la excedencia voluntaria general -que implica ruptura de la relación de servicios-. Es así que para este subtipo de excedencia voluntaria el tiempo correspondiente se computa a efectos de carrera profesional y de antigüedad; así, en el EBEP no se pueden confundir carrera provisional con provisión de puestos<sup>12</sup>.

Sobre la aplicabilidad a los contratados laborales, como empleados públicos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la STS 1155/2022, al entender que “en relación a los empleados públicos en régimen laboral, no cabe aplicación sin matices del artículo 89.4.5, pues no se puede concluir que por “provisión” se deba aplicar sin matizar el artículo 89 EBEP. De ser así, el art. 57 solo resultaría aplicable para quienes ya presten servicios como contratados laborales y no a los aspirantes a ingresar en la Administración.

Para determinar el alcance del art. 57 con mayor exactitud y precisión hay que atender al régimen o sistema de prelación de fuentes del EBEP, en su artículo 7.1, que para el personal laboral prioriza la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, resultando de aplicación, en segundo lugar, el convenio colectivo<sup>13</sup>.

-En consecuencia, si acudimos al Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en su 46.3. 5º, el tiempo de excedencia computa a efectos de antigüedad, sin realizar distinción entre antigüedad y servicios efectivos.

De lo que se puede colegir que el E.T. no matiza que antigüedad no equivalga a trabajo o servicios efectivos; sin que, en consecuencia, quepa aplicar límites que no se hallen contemplados en preceptos con fuerza de ley.

<sup>12</sup> STS 1155/2022.

<sup>13</sup> En cuanto al régimen de prelación de fuentes, debe precisarse que el artículo 7.2 EBEP exceptúa la preferencia de la normativa laboral y de los convenios en lo relativo al disfrute de permisos por nacimiento; en dicha situación -diferente a la de excedencia voluntaria- el personal laboral al servicio de la Administración se registrará por las normas del EBEP.

-En segundo lugar, atendiendo a la regulación convencional, el Convenio Colectivo -en este caso era aplicable el III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado- que en cuanto al sistema de provisión de vacantes, establece un ámbito objetivo de aplicación más amplio que el del EBEP, comprendiendo el traslado, reingreso, promoción, ingreso libre y otras formas de movilidad<sup>14</sup>.

Por otra parte, el ingreso libre se contempla como una modalidad de provisión de vacantes, por lo que el precepto se entendería aplicable al ingreso o acceso libre como contratado laboral.

Una última cuestión sobre la que advierte la sentencia es el efecto directo que se le atribuye al artículo 57, pues rige con independencia y sin mediación de lo establecido en las bases de la convocatoria correspondiente<sup>15</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

En base a los razonamientos anteriormente expuestos, la Sala desestima el Recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid y confirma la Sentencia dictada por la Sección de apoyo de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, declarando correcta la interpretación contenida en la misma.

La Sala concluye que no hay derechos absolutos, por lo que la interpretación de los artículos 57 L.O. y 89 EBEP debe hacerse al amparo de la ley, jurisprudencia y realidad social en la que vaya a aplicarse y reflejando el criterio mantenido en resoluciones precedentes, declara que la exclusión como mérito del periodo de disfrute de permisos derivados de la maternidad en estos procesos, constituye discriminación por razón de sexo.

Por tanto, lo preceptuado por la Ley 3/2007 debe aplicarse a todos los empleados públicos, con inclusión de los contratados laborales y encontrar proyección en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección, en tanto su contenido sustantivo, concreción del principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres goza de alcance general<sup>16</sup>.

Por estos mismos motivos, la aplicación de sus efectos se extiende a todas las Administraciones Públicas.

<sup>14</sup> Art. 26.2 del Convenio Colectivo.

<sup>15</sup> La cuestión es abordada en la STS 1768/2020 y STS 174/2021. Aunque se pronuncian en supuestos referidos a procesos para la provisión de puestos entre funcionarios, en ellas se reconoce el efecto directo del artículo 57 sin mediación de la previsión que realicen las bases.

<sup>16</sup> Como se deriva del art. 2 y de la propia naturaleza de esta Ley.

Por consiguiente, resuelve que el tiempo en excedencia por cuidado de hijos debe ser valorado como tiempo de trabajo efectivo y computarse tanto en los procesos selectivos de ingreso en la Función pública como en los de provisión de puestos de trabajo. Respecto al alcance del artículo 57, dispone que éste tiene un efecto directo y, en consecuencia, es aplicable en el ingreso por acceso libre como personal laboral en la Administración pública, sin mediación de lo dispuesto en las correspondientes bases de la convocatoria de acceso a la condición de contratado laboral en la Administración Pública.