

El tiempo de excedencia por cuidado de hijos es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa para el acceso al empleo público

Desestima la Sala el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia que reconoció el derecho de la demandante a que se computase como experiencia profesional el periodo de tiempo en excedencia por cuidado de hijos, ya que lo contrario implicaría una vulneración del derecho a la igualdad, y ordenó la retroacción de actuaciones para incluir en el cómputo ese tiempo.

Declara el Tribunal que es de aplicación el art. 57 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a las pruebas de acceso al empleo público, precepto que impone que el tiempo de excedencia por cuidado de hijos o familiares equivale a trabajo efectivo, y ello con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso. Asimismo, afirma que al ser aplicable el art. 57 a “los concursos para la provisión de puestos” en la Administración General del Estado, lo es también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado, como es el caso de la actora, es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Fecha: 19/09/2022

Nº de Recurso: 6188/2020

Nº de Resolución: 1155/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 6188/2020 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO representada y asistida por la Abogacía del Estado, frente a la sentencia 1322/2020, de 27 de julio, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo nº 1730/2018. Ha comparecido como parte recurrida doña Paloma , representada por la procuradora doña Esperanza Aparicio Flórez, bajo la dirección legal de doña Carmen Arrondo Piñero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Paloma , interpuso ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo 1730/2018 contra las siguientes resoluciones:

1º Contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo de Valoración definitiva de méritos de la fase de concurso de 17 de mayo de 2018 de la relación nº 5. Técnico Superior de Actividades Específicas.

2º Contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 26 de junio de 2018 por el Director General de la Función Pública, por la que se aprueba las listas de los aspirantes que han superado el proceso selectivo, así como las listas de adjudicatarios de plazas por orden de puntuación para el ingreso por acceso libre, como personal laboral fijo con la categoría de titulado superior de Actividades Específicas en el Ministerio de Fomento y sus organismos autónomos sujeto al III Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue parcialmente estimado por la sentencia nº 1322/2020, de 27 de julio, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 1730/2018, interpuesto por D^ª. Esperanza Aparicio Flórez, en nombre y representación de D^ª. Paloma , contra la desestimación presunta del recurso, de alzada interpuesto contra el Acuerdo de Valoración definitiva de méritos de la fase de concurso de fecha 17 de mayo de 2018 de la relación nº 5. Técnico Superior de Actividades específicas y contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 26 de junio de 2018 por el Director General de la Función Pública por la que se aprueba las listas de los aspirantes que han superado el proceso selectivo, así como las listas de adjudicatarios de plazas por orden de puntuación para el ingreso por acceso libre, como personal laboral fijo con la categoría de titulado superior de actividades específicas en el Ministerio de Fomento y sus Organismos autónomos sujeto al III Convenio único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado y, en consecuencia:

"1-ANULAMOS las resoluciones impugnadas por no ser conformes a Derecho, así como aquella en las que trae causa en el concreto particular que se analiza.

"2-DECLARAMOS el derecho de la demandante a que le sean computado como experiencia profesional el periodo de excedencia por cuidado de hijos, con las consecuencias que se determinan en el fundamento.

"3-Sin que proceda condena en costas."

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, ante dicha Sala, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 22 de septiembre de 2020, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la Administración del Estado como recurrente y doña Paloma , como recurrida, la Sección de admisión de esta Sala acordó, por auto de 3 de marzo de 2022, lo siguiente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación núm. 6188/2020 preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia núm. 1322, de 27 de julio 2020, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el PO 1730/2018 .

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: 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, si 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, con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso.

"Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 57 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del EBEP; y el artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, evacuó dicho trámite mediante escrito de 11 de abril de 2022, en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), solicitó lo siguiente:

" 1º Que se estime el recurso de casación y se anule la sentencia impugnada.

" 2º Que se desestime la pretensión de la demandante en la instancia, se confirme la legalidad de la actuación administrativa impugnada.

" 3º Todo ello, conforme a la interpretación defendida en su escrito de interposición de los preceptos a los que se refiere el auto de admisión de esta casación y en particular, que:

" El artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 es una norma que pretende promover la adopción de medidas concretas pero que no serán de aplicación hasta que las mismas hayan sido llevadas a cabo por los poderes públicos, en nuestro caso, hasta que el poder legislativo equipare el tiempo pasado en la situación de excedencia para el cuidado de familiares con el tiempo desempeñado en el servicio activo/servicios efectivos a los efectos del acceso al empleo público y sin que, dada la reserva de ley existente en la materia, sean admisibles interpretaciones integradoras" .

SÉPTIMO.- Por providencia de 18 de abril de 2022 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó la representación procesal de doña Paloma , solicitando la desestimación del recurso por las razones contenidas en su escrito de 19 de mayo de 2022, con imposición de las costas al recurrente.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de julio de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el 13 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar tal acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DEL LITIGIO EN LA INSTANCIA.

1. Doña Paloma concurrió al concurso-oposición, acceso libre, para ingreso en el Ministerio de Fomento y sus Organismos Autónomos como personal laboral fijo con la categoría de Titulado Superior de Actividades Específicas, sujeto al III Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.
2. Expone la sentencia impugnada que superada la fase de oposición, para la de concurso doña Paloma presentó la documentación acreditativa de los méritos evaluables. En lo que ahora interesa en el Anexo I de las bases se preveía valorar los "méritos profesionales", en concreto " la experiencia profesional en puestos de trabajo siempre que las tareas y funciones desarrolladas fueran similares al contenido del programa correspondiente al número de orden por el que haya optado el aspirante, según los siguientes criterios:..."
3. A estos efectos alegó el trabajo que desarrolló en la empresa Hernando López SL, lo que aceptó la Administración si bien rechazó incluir como trabajo efectivo los 598 días de excedencia para el cuidado de hijos y la cuestión litigiosa se centra en si ese tiempo de excedencia por cuidado de hijo en el sector privado debe equipararse a la prestación de servicio efectivo, todo a ello a efectos de acceso al empleo público como contratada laboral.

SEGUNDO.- RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. Promovido recurso contencioso-administrativo, la Sala de instancia dictó la sentencia ahora impugnada para lo que invocó el artículo 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante (en adelante EBEP), aprobado como texto articulado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; los artículos 3 a 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, Ley Orgánica 3/2007) y artículo 36 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (en adelante, Reglamento de Inscripción y afiliación).
2. De esa normativa se deduce que es derecho del trabajador, tanto en el ámbito público como privado, la excedencia por cuidado de hijo para la mejor conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de normas que protegen el empleo preservando durante esa excedencia los derechos inherentes al puesto de trabajo (reserva del mismo, antigüedad y formación) 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".
3. Volviendo sobre esa cuestión litigiosa y con base en la Ley Orgánica 3/2007, artículos 3 a 5, la sentencia resalta que la igualdad de trato entre hombres y mujeres es predicable tanto en el ámbito público como privado, exigencias que no puede ignorar el tribunal de calificación de las pruebas selectivas; expone la doctrina constitucional sobre la discriminación directa e indirecta, para lo que reproduce la sentencia 233/2007 del Tribunal Constitucional.
4. Cita nuestras sentencias 4/2020 y 685/2020, de 14 de enero y 5 de junio (recursos de casación 4816/2017 y 4751/2017, respectivamente) de las que deduce que hemos admitido la aplicación de la normativa en materia de igualdad de trato para el acceso al empleo público, aun cuando esas sentencias se refieran al permiso de maternidad pues los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007 " equipara los permisos y los beneficios de protección a la maternidad y la conciliación... entre los que debemos incluir la excedencia por cuidado de hijos", centrándose en la cita de la sentencia 4/2020.

5. De esta manera concluye que esas sentencias declaran que "... la exclusión como mérito en esos procesos del periodo de disfrute de permisos derivados de la maternidad, sí constituye discriminación por razón de sexo", salvo que la pertinencia de no computar ese tiempo se justifique por la conducta sólo achacable a la aspirante.

6. Con base en lo expuesto, estimó en parte la demanda, reconoció el derecho de la recurrente a que le computase como experiencia profesional el periodo de tiempo en excedencia por cuidado de hijos, ya que lo contrario implicaría una vulneración del derecho a la igualdad y ordenó así que se retrotrajeran las actuaciones para incluir en el cómputo ese tiempo.

TERCERO.- RECURSO DE CASACIÓN Y OPOSICIÓN AL MISMO.

1. El auto de admisión fijó como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que esta sentencia se pronuncie sobre si el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 es aplicable a las pruebas de acceso al empleo público; de serlo, si tal precepto impone que el tiempo en excedencia por cuidado de hijos o familiares equivale a trabajo efectivo, todo con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso.

2. En su escrito de interposición de este recurso la Abogacía del Estado sostiene, en resumen, lo siguiente:

1º No hay discriminación alguna para las mujeres, pues que no se reconozca el mérito litigioso afecta igualmente a los hombres; añade que la Sala de instancia ha dictado sentencias contrarias a lo resuelto por la ahora impugnada y precisa que la sentencia 4/2020 de esta Sala y Sección resolvía un asunto distinto.

2º Añade que las previsiones de los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007 ya citada no son aplicables a las pruebas de acceso al empleo público pues se prevén para los concursos para la provisión de puestos de trabajo, lo que no es el caso; además, el artículo 57 al prever que se compute como "méritos profesionales" el tiempo en excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, lo que regula es un mandato cuya efectividad depende de que se prevea en las bases de cada convocatoria, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

3º De esta manera la sentencia infringe el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007, máxime cuando otras normas posteriores no recogen esa equiparación (vgr. artículo 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante, EBEP, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre y el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

4º En relación con lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 y en el EBEP, añade que el artículo 4 de la primera no permite otra conclusión pues de aplicarse en el sentido que sostiene la sentencia, llevaría a innovar el ordenamiento jurídico más que a interpretarlo.

5º En consecuencia, su pretensión es que se revoque la impugnada y que se declare que el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 se limita a promover la adopción de medidas concretas, medidas que no serán aplicables hasta que el legislador equipare el tiempo en situación de excedencia para el cuidado de familiares con el tiempo desempeñado en el servicio activo o servicios efectivos, al efecto de acceder al empleo público "... sin que, dada la reserva de ley existente en la materia, sean admisibles interpretaciones integradoras".

3. La defensa de doña Paloma , como parte recurrida, se opone al recurso casación alegando en síntesis lo siguiente:

1º En cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a las pruebas de ingreso, se remite al Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia impugnada y a las sentencias de esta Sala a las que se refiere (cfr. supra Fundamento de Derecho Primero. 5º), así como respecto de la asimilación

de la excedencia para cuidado de hijo con el alta a efectos de cotizaciones a la Seguridad Social según el artículo 36 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

2º Invoca dos sentencias de esta Sala y Sección, la 1768/2020, de 17 de diciembre (recurso de casación 1365/2019), y añade que las bases de las convocatorias no pueden ir en contra de la normativa vigente, en este caso tanto la Ley Orgánica 3/2007 como el EBEP, a lo que añade las previsiones de la Directiva 2002/73/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/ CEE del Consejo.

3º Por último expone las consecuencias que tendría para ella la estimación del recurso, pues tras la estimación parcial de su demanda, superó el proceso selectivo y abandonó el anterior trabajo.

CUARTO.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

1. La sentencia impugnada y las partes en casación invocan precedentes de esta Sala y Sección, cuya aplicación al caso debemos matizar pues no coincide lo ahí declarado y resuelto con lo que es ahora litigioso.

2. La más próxima es la sentencia 4/2020, expresamente invocada y reproducida por la ahora impugnada. Se trataba de un caso en el que la facultativa recurrente en casación participó en un proceso selectivo de ingreso en el SERGAS, y para la fase de concurso alegó a efectos de experiencia profesional el tiempo trabajado en calidad de contratada laboral del SERGAS incluyendo el tiempo de baja por maternidad. Tras finalizar ese periodo de baja, se reincorporó para seguir realizando el mismo trabajo. En concreto dijimos lo siguiente:

1º Dejamos constancia de que en primera instancia y en apelación se desestimaron sus pretensiones porque había consentido su cese -coincidiendo con el parto- como contratada temporal y su baja en la Seguridad Social; además, había consentido las bases de la convocatoria que preveían que los méritos profesionales evaluables son los que constaban para el personal dependiente de la Administración autonómica en su base de datos electrónica FIDE/expediente-e, en la que no constaban como servicios prestados los días de baja y sin que hubiese interesado su rectificación para incluir el tiempo de baja tras el cese.

2º Recurrida en casación, se planteó como cuestión de interés casacional objetivo la aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 al acceso al empleo público "... si la exclusión como mérito en los procedimientos selectivos de los empleados públicos del periodo de disfrute de permisos y licencias derivadas de la maternidad constituye o no discriminación por razón de sexo".

3º En nuestra sentencia estimatoria se calificó de nula de pleno Derecho la omisión administrativa consistente en no incluir en la base de datos FIDES/expediente-e el tiempo de baja por maternidad, base de datos que se considera un medio puramente instrumental. El caso es que esa omisión sólo la conoció la recurrente cuando quiso acreditar el mérito consistente en su experiencia profesional.

4º Además, razonamos que no había constancia en autos de que -frente a lo alegado por las partes recurridas- no se estaba ante una baja, sino de la extinción de la relación contractual temporal, extremo este que probarlo estaba en manos de la Administración.

5º Se apreció un trato discriminatorio por razón de sexo al no valorarse el mérito controvertido con " igual alcance y con el mismo trato que el que es dispensado a las funcionarias de duración indefinida ante esa misma situación de maternidad, preferencia, repetimos, frente al derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 de la CE)" .

6º Y a efectos del artículo 93.1 de la LJCA declaramos que "[S] alvo circunstancias excepcionales, de las que resulte acreditada y fundada la apreciación de que la relación de causalidad entre la conducta inicial de la Administración y el resultado del proceso selectivo quedó rota por actitudes sólo

achacables al aspirante, la exclusión como mérito en esos procesos del período de disfrute de permisos derivados de la maternidad, sí constituye discriminación por razón de sexo".

3. Otro precedente es la sentencia 685/2020, también citada y que se remite a la anterior. En este caso la Administración de las Islas Baleares no valoró el tiempo de baja por maternidad a efectos de computarlo como de servicios efectivos, todo en un concurso para la adjudicación de destinos provisionales entre funcionarios docentes sin destino fijo. En ese caso se planteó la pasividad de la recurrente que no había impugnado las bases de la convocatoria.

4. Finalmente tenemos la sentencia 1768/2020 -citada por doña Paloma como parte recurrida- a lo que añadimos la sentencia 174/2021, de 10 de febrero (recurso de casación 2468/2019), que se remite a la anterior. Respecto de estas sentencias hay que señalar lo siguiente:

1º Resolvían casos referidos a procedimientos para la provisión de puestos de trabajo entre los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Lo litigioso fue que, a los efectos del artículo 92 bis). 6, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en el Registro Integrado de tales funcionarios no se reconoció a las interesadas como mérito general el tiempo periodo de excedencia para el cuidado de hijos o familiares.

2º En estas sentencias nos pronunciamos sobre la segunda parte de la cuestión ahora ventilada, esto es, determinar si lo previsto en el artículo 57 de la Ley 3/2007 tiene "... efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria y, en caso afirmativo, si imponen una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo".

QUINTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. La primera parte de la cuestión de interés casacional se centra en la interpretación de la norma identificada en el auto de admisión: el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007. Debemos advertir, tal y como se deduce del anterior Fundamento de Derecho Segundo, que la ratio decidendi de la sentencia no se basa en la exclusiva interpretación de ese precepto pues es uno más de los invocados. Ahora bien, que el juicio casacional se centre en él no significa ignorar el resto de los contemplados por la sentencia de instancia máxime cuando el artículo 93.1 de la LJCA impone a esta Sala que resolvamos el pleito interpretando la norma que centra el juicio casacional con "...las restantes normas que fueran aplicables" al caso.

2. Hecha esa precisión, concretada la cuestión de interés casacional en la interpretación del artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007, tal precepto se inserta en la regulación general del principio de igualdad por razón de sexo en el "empleo público" de la Administración General del Estado (cfr. las rúbricas del título II y del capítulo III). Pues bien, con la rúbrica de "Conciliación y provisión de puestos de trabajo" el artículo 57 prevé esto:

" En las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior".

3. Conviene precisar que dicho precepto tiene como fin garantizar la conciliación de la vida profesional con la familiar, luego el bien jurídico objeto de tutela no es tanto la igualdad entre hombre y mujer como esa conciliación, pues lo previsto para esta modalidad de excedencia voluntaria rige indistintamente para ambos sexos, de ahí que el artículo 57 se refiera a "las personas candidatas" pues la necesidad de esa excedencia no tiene que relacionarse necesariamente con la maternidad.

4. Dicho lo anterior, debemos destacar que la Ley Orgánica 3/2007 no es una norma sectorial, en este caso reguladora del empleo público. Es una norma horizontal que, entre otros aspectos, incide puntualmente en el régimen del empleo público, lo que exige precisar qué alcance tiene en esa

regulación lo que denomina "provisión de puestos de trabajo". Y es que tratándose de funcionarios públicos la "provisión de puestos de trabajo" se regula en el capítulo III del Título V del EBEP bajo la rúbrica de "ordenación de la actividad profesional", tiene por destinatarios a los que ya son funcionarios públicos e implica un cambio de destino o de puesto, de ahí que regule el concurso o la libre designación, esto es, las formas típicas de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios.

5. Para ese ámbito de aplicación -a los que ya son funcionarios públicos- el artículo 89.4 EBEP prevé que en la excedencia por cuidado de hijos se atenúa un aspecto nuclear de la excedencia voluntaria general que implica la ruptura de la relación de servicios como efecto propio. Así, para este subtipo de excedencia voluntaria, el tiempo de excedencia se computa a efectos de antigüedad y de "carrera profesional", sin que en el EBEP pueda confundirse la "carrera" profesional con la provisión de puestos de trabajo. Pues bien, el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 añade un efecto más al artículo 89.4 del EBEP al prever que el tiempo de excedencia para cuidado de hijo compute también en caso de provisión de puestos de trabajo luego, repetimos, para quienes ya son funcionarios públicos.

6. Este entendimiento del régimen de "provisión de puestos de trabajo" tiene sus excepciones en normas funcionariales especiales como, por ejemplo, en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en cuyo artículo 29.2 se engloba en el régimen de "provisión de plazas" también la selección de personal y no sólo la movilidad consistente en cambio de destino.

7. Centrándonos en los contratados laborales al servicio de la Administración General del Estado, ámbito en el que se aplica el artículo interpretado en este pleito, cabe decir lo siguiente:

1º Respecto de los contratados laborales, como tipo de empleados públicos, no cabe concluir que por "provisión de puestos de trabajo" deba aplicarse, sin matiz alguno, la lógica antes expuesta para los funcionarios públicos en el EBEP, lo que llevaría a que el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 sólo regiría para los que ya prestan servicios como contratados sujetos a la normativa laboral y no a los aspirantes.

2º Para determinar con más exactitud el alcance de este precepto en el ámbito de la contratación laboral de la Administración del Estado hay que estar al régimen de prelación de fuentes del EBEP y si vamos a su artículo

7.1 para ese tipo de empleado público, el EBEP da prioridad al Estatuto de los Trabajadores seguido de los convenios colectivos, y en este caso era aplicable el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

8. En cuanto a la regulación del Estatuto de los Trabajadores estamos al aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, norma vigente al tiempo de otorgarse la excedencia por cuidado de hijo a doña Paloma en la empresa Hermanos López SL, regulación que no cambia en el vigente. Pues bien, de esta norma se deduce que su artículo 46.3, párrafo quinto, preveía que el tiempo en tal excedencia de un trabajador se compute a efectos de "antigüedad", sin distinguir en el ámbito laboral entre antigüedad y servicios efectivos.

9. Si vamos a la segunda norma en la prelación de fuentes -los convenios colectivos- el III Convenio Colectivo, aplicable al caso, regulaba en el capítulo VI lo que denominaba "sistema de provisión de vacantes" que en ese convenio tenía un ámbito objetivo de aplicación mucho más amplio que el del EBEP, pues la provisión de vacantes aparte del traslado, comprendía el reingreso, la promoción profesional, el "ingreso libre" y otras formas de movilidad que no son del caso (cfr. artículo 26.2 del III Convenio).

10. La conclusión es que, por una parte, el Estatuto de los Trabajadores no matiza que "antigüedad" no equivalga a trabajo o servicios efectivos y, por otra parte, que tratándose de acceso al empleo

público como contratado laboral, según el III Convenio el "ingreso libre" es una modalidad de "provisión de vacantes". Hay que entender, por tanto, que al aplicarse el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a "los concursos para la provisión de puestos de trabajo" en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso

o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa.

11. Y conviene hacer una última precisión. En sede de prelación de fuentes el artículo 7.2 del EBEP exceptúa la preferencia de la normativa laboral y de los convenios en cuanto a los permisos de nacimiento, en cuyo caso el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP. Este no es el caso, pues lo que se ventila no es el cómputo de los días disfrutados mediante un permiso por nacimiento, sino una modalidad de excedencia voluntaria que supone un cambio de situación administrativa, aquí laboral.

SEXTO.- RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES.

1. Conforme a todo lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 es aplicable en las pruebas de ingreso por acceso libre como personal laboral fijo en la Administración General del Estado, luego cabe valorar el tiempo de excedencia para cuidado de un hijo y computar como trabajo ese tiempo a efectos del mérito consistente en la experiencia laboral.

2. Una vez resuelta en sentido afirmativo la primera parte de la cuestión de interés casacional objetivo, estamos a lo declarado en las sentencias 1768/2020 y 174/2021, en las que dijimos que lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 tiene "... efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria imponiendo una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación de servicio activo". Pues bien, tal jurisprudencia es aplicable si bien despojándola de expresiones propias del derecho funcional, luego declaramos que el artículo 57 tiene efecto directo al ámbito del acceso a la condición de contratado laboral en la Administración General del Estado, sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria, lo que impone que se valore el tiempo en excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo como trabajo efectivo.

3. Como consecuencia de lo expuesto se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia impugnada.

SÉPTIMO.- COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con su artículo 93.4, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la ABOGACÍA DEL ESTADO contra la sentencia 1322/2020, de 27 de julio, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 1730/2018, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.