

La equiparación de la excedencia por cuidado de hijo a la situación de servicio activo.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *El tiempo en situación de excedencia funcional por cuidado de hijo o familiar ha de computar como servicio activo no sólo a los efectos del cálculo de la antigüedad sino en la oportuna valoración de los méritos computables para el ascenso en la carrera profesional. Una interpretación distinta provocaría una discriminación indirecta por razón de sexo y desincentivaría el recurso a los derechos de conciliación.*

Palabras clave: *Función pública. Excedencia por cuidado de hijo. Discriminación indirecta. Ascenso. Servicio activo.*

Abstract: *The time spent on official leave to care for a child or family member must be computed as active service not only for the purposes of calculating years of service but also in the evaluation of merits for promotion in the professional development. A different interpretation would result to indirect discrimination based of sex and would disincentive recourse to work-live rights.*

Keywords: *Civil service. Parental leave. Indirect discrimination. Promotion at work. Active service.*

I. Conciliación y carrera profesional: dos variables difíciles de combinar

Como ya se ha tenido ocasión de manifestar, la maternidad, la paternidad y el cuidado de la familia constituyen elementos de gran importancia en el desarrollo de la personalidad y en la evolución del conjunto de la sociedad. Idéntico papel cabe atribuir al mantenimiento y progreso en el empleo en tanto en cuanto condicionan el desenvolvimiento vital, el crédito moral y las posibilidades económicas de llevar una vida autónoma^[1]. No obstante, la ecuación equilibrada del plano familiar y laboral encuentra múltiples obstáculos en su camino, muy especialmente, para el sexo femenino, no en vano son las mujeres, quienes sufren frecuentes interrupciones en su desarrollo profesional por asumir el rol de cuidadoras, lo que a menudo conlleva dificultades para acceder al mercado de trabajo y mantener su empleo, así como menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social^[2].

Varias han sido las intervenciones del legislador tendentes a paliar tales deplorables consecuencias pudiendo mencionar sin necesidad de remontarnos a antecedentes más lejanos las siguientes fundamentales: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar^[3]; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la Ley

15/2005, de 8 de julio, que ha modificado el art. 68 del Código Civil para establecer que los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; y, como último eslabón hasta el momento, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Plan Mecuida, prorrogado en su duración hasta el 31 de mayo de 2021, cuyo objetivo se centra en la atención de las necesidades familiares surgidas con motivo de la expansión de la pandemia por la covid-19.

Importante ha sido también la labor del Máximo Intérprete de la Norma Fundamental, pues ha dejado clara “la dimensión constitucional... de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), perspectiva que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa”^[4].

Pese a estos importantes avances, la realidad sigue demostrando un panorama sembrado de cuantiosos tratos peyorativos sufridos por quienes ejercen derechos de conciliación, normalmente mujeres. Es más, tales perjuicios se hacen más patentes cuando se acude a las denominadas prerrogativas “de ausencia al trabajo” auspiciadas bajo fórmulas que permiten restar tiempo de actividad profesional para dedicarlo al cuidado familiar^[5], pues, entre otras lamentables consecuencias, van a provocar graves secuelas negativas para la promoción profesional, acompañadas de una patente descualificación^[6].

Esta realidad cobra particular relevancia cuando del disfrute de un excedencia por cuidado de hijo se trata, pues conlleva una desvinculación del empleo durante largos períodos de tiempo (hasta tres años), que resulta claramente perjudicial para la progresión vertical en el escalafón tanto en el empleo privado como en el empleo público^[7].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1768/2020, de 17 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 1365/2019.

ECLI:ES:TS:2020:4180

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente Sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia 520/2018, de 20 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, a su vez, había estimado el recurso contencioso administrativo núm. 16/2016 promovido por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional de la Provincia de Valencia contra la Resolución del Director General de la Función Pública de 27 de octubre de 2015, por la que se publicaba la

relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de la Administración Local con habilitación estatal obrantes en un proceso de promoción profesional.

La citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de noviembre de 2018 anula el apartado referido a la puntuación atribuida a Dña Genoveva, dado que el cómputo vertido en la Resolución administrativa impugnada conllevaba un claro perjuicio derivado de una minoración en la nota atribuida consecuente al disfrute de una excedencia de cuidado de hijo. Reconoce, a la par, su derecho de la funcionaria a que “se le compute en la relación de méritos 0,75 puntos por razón de permanencia y 0,03 puntos por meses como de servicio activo durante el período de excedencia por cuidado de hijo”.

El Tribunal Supremo admite el recurso de casación frente a la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana mediante Auto de 27 de septiembre de 2019, entendiéndose que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si tienen efecto directo las previsiones del art. 57 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH), en virtud del cual “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 (en referencia a 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). Esto es, si en el hipotético caso de que las bases de la convocatoria no dieran cumplimiento a este mandato, el cómputo tendría que realizarse igualmente en el sentido indicado en el literal del precepto citado.

En dicho Auto de admisión se señala además que si la respuesta a este interrogante sobre el efecto directo de la LOIEMH fuera positiva, podría llegar a plantearse si la valoración de una situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos o familiares, donde se interrumpe la prestación de la actividad, debería ser idéntica a la otorgada a la situación administrativa de servicio activo.

IV. Posición de las partes

La Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, recurre en casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2018, argumentando que la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional sigue vigente al no haber sido eliminada por la disposición derogatoria única del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de dichos funcionarios.

El Abogado del Estado recuerda, además, que el citado Real Decreto 128/2018 dispone textualmente: “a los concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, que se convoquen con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, y de la Orden de desarrollo del mismo, les será de aplicación el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, y la Orden de 10 de agosto de 1994, por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a dichos funcionarios. Asimismo, mientras no se lleve a cabo el citado desarrollo normativo, los criterios de reconocimiento y valoración de los cursos de formación y perfeccionamiento de la Administración Local serán los establecidos en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1 d) de la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 10 de agosto de 1994”.

Bajo tal premisa, el Abogado del Estado sostiene que la situación de excedencia por cuidado de familiares da derecho a que se reconozca dicha situación a efectos de grado, carrera y promoción profesional, de modo que en la baremación de méritos

generales para los concursos de provisión de puestos de trabajo de estos funcionarios debe reconocerse la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiares como antigüedad pero nada impide aplicar una determinada puntuación inferior a la que se atribuye al funcionario que presta el puesto efectivamente, sin que ello sea contrario a la LOIEMH.

Así pues, invoca que lo previsto en el art. 57 LOIEMH no resulta de aplicación directa, pero aunque así lo fuera, en el presente caso se ha respetado, pues ese precepto no establece que la valoración de la situación de excedencia haya de ser la misma que la permanencia en servicio activo, de suerte que legítimamente en las bases del concurso se ha respetado la antigüedad de los candidatos que han permanecido en dicha situación de excedencia por cuidado de hijos, tal y como exige el art. 89.4 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público (EBEP).

Por su parte, el Colegio de Secretarios Interventores y Tesoreros de la Administración Local (en adelante, COSITAL) se opone al recurso, considerando ajustado a derecho el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, por entender que el período concedido por excedencia para el cuidado de familiares de la funcionaria debe computar como período de servicio activo, valorando así, en función de la escala aplicada, con 0,75 puntos correspondientes a permanencia en el puesto y con 0,03 cada mes de actividad como si se hubieran prestado efectivamente los servicios. Argumenta que el art. 20.2 Real Decreto 128/2018 (al igual que su precedente el art. 24.2 Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre), dispone lo siguiente: “El acceso a la categoría superior se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: a) Por concurso de méritos, entre funcionarios pertenecientes a la categoría de entrada, que se resolverá por aplicación del baremo de méritos generales, regulado en el art. 32.1, párrafos a), b), c), d), e) y f) de este Real Decreto. b) Mediante la superación de pruebas de aptitud, cuya gestión podrá ser encomendada al Instituto Nacional de Administración Pública”.

En consecuencia, considera no ajustado a derecho que la discriminación perpetrada por la Resolución impugnada en la instancia afecte solo a “unos méritos para un concurso”, pues en realidad incide *in peius* con carácter general sobre la progresión vertical, la carrera profesional y la promoción interna, vulnerando lo previsto en los arts. 56 y 57 LOIEMH, el art. 89.4 EBEP y el art. 130.4 Ley 10/2010 de la Generalitat Valenciana.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas jurídicas objeto de interpretación son las siguientes:

En primer lugar, la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan previsiones sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, donde se prevé, de un lado, el cómputo de la antigüedad a razón de 0,01 puntos por mes de servicios, hasta un máximo de 2,50, y, de otro, la permanencia continuada en función de una escala (más de seis años, 1,50; más de cinco años y menos de seis, 1,25; más de cuatro años y menos de cinco años, 1.00; y más de tres y menos de cuatro años, 0,75).

En segundo término, el art. 89.4 EBEP, conforme al cual “los funcionarios de carrera tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. El período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva

excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando. En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios. 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. El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante dos años. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución. Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración”.

En tercer lugar, el art. 92 bis Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, entendiéndose, a los efectos que aquí interesan, de aplicación supletoria lo previsto en el EBEP.

En cuarto lugar, el art. 130 Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat Valenciana, en virtud del cual “el personal funcionario tendrá derecho a un período de excedencia no superior a tres años... para atender al cuidado de cada hija o hijo... El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el régimen de seguridad social que les sea aplicable... El puesto de trabajo obtenido con destino definitivo se reservará durante los tres años de duración de la excedencia... Las funcionarias y funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que organice la administración”.

En quinto término, el art. 57 LOIEMH, que no se reproduce en este momento para evitar duplicidades, dado que se ha recogido *supra*.

En sexto lugar, el art. 9.1 g) de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, que prevé como ejemplo de discriminación “interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso por maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo entiende que el baremo de méritos incluido en la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 debe de interpretarse en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar, no pudiendo ignorar que cuando se dicta la Resolución impugnada de 27 de octubre de 2015, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, el EBEP y la Ley 10/2010 de la Generalitat Valenciana, estaban en vigor hacía varios años, deduciéndose de todas estas normas que no cabe perjudicar en la promoción profesional a quienes han disfrutado (normalmente mujeres) de una excedencia por cuidado de hijos o familiares.

En consecuencia, el tiempo de permanencia de la funcionaria en la situación de excedencia por cuidado de hijos/familiares debe entenderse como asimilado a la situación de servicio activo, y desplegar los efectos oportunos en la valoración de los méritos generales para el ascenso, siendo esta interpretación la correcta y la que debió efectuar la Administración a la hora de dictar la resolución impugnada, aunque las bases de la convocatoria no lo hubieran previsto así.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo entiende que el espacio temporal de permanencia en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos o familiares debe de producir los mismos efectos que el tiempo discurrido en situación de servicio activo, siendo considerado como tal en la valoración de los méritos generales para el ascenso a un puesto de mayor nivel, no en vano el art. 57 LOIEMH impide la interrupción en el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso por maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario.

Este precepto tiene efecto directo sin necesidad de mediación de las correspondientes bases de la convocatoria, imponiendo sin matización alguna una valoración de la situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos o familiares idéntica a la que se otorga a la situación de servicio activo.

Queda confirmada, pues, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2018 sin que haya lugar al recurso de casación planteado.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo entiende que, a la luz de lo previsto en el art. 89.4 EBEP, en el art. 130.4 de la Ley 10/2010 de la Generalitat Valenciana y en el art. 57 LOIEMH, la situación de excedencia por cuidado de familiar debe equipararse a la de servicio activo en materia de progreso profesional de los funcionarios.

Aunque todas estas disposiciones legales son posteriores a la Orden de 10 de agosto de 1994 por la que se fijan las condiciones de los concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, pues, dada su fecha de promulgación no pudo tener en cuenta el contenido de las Leyes citadas, lo cierto es que en 1994, el objetivo de la eliminación de desigualdades entre mujeres y hombres en la carrera profesional por asunción de responsabilidades familiares ya funcionaba como principio básico del acervo comunitario, exigiendo una interpretación conforme a las entonces vigentes Directivas 76/207 y 2002/73, actualmente refundidas en la Directiva 2006/54, que prohibían la discriminación indirecta.

Además, tanto el EBEP, como la Ley 10/2010, son disposiciones con rango de Ley ordinaria, y la LOIEMH cuenta incluso con el carácter de Ley Orgánica, siendo todas ellas de aplicación preferente frente a la Orden Ministerial citada atendiendo al principio de jerarquía normativa.

Por si duda hubiere, el Alto Tribunal acude también al art. 3.1 del Código Civil que exige la interpretación de las normas en el contexto legislativo vigente atendiendo a la realidad social del momento en que deben de ser aplicadas.

En definitiva, la carrera profesional de los funcionarios (normalmente funcionarias) que hayan optado por hacer uso de los permisos de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a que se refiere el art. 56 LOIEMH que incluye el régimen de excedencia, no puede verse afectada negativamente por el ejercicio de tales derechos. Dando un paso más en esta argumentación, el Alto Tribunal concluye que la equiparación de la situación de excedencia por cuidado de familiares a la de servicio activo deriva de lo previsto en el art. 89 EBEP, que señala expresamente que “el tiempo de permanencia en esta situación (de excedencia por cuidado de familiar) será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea aplicable”.

IX. Comentario: excedencia y discriminación indirecta

La posibilidad de suspender la prestación de servicios en una relación funcional durante un máximo de tres años, causada por la necesidad de cuidar a determinados familiares (hijos tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, o familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida) está amparada por el ordenamiento jurídico con un régimen especialmente tuitivo frente a otras posibles excedencias, pues queda garantizado el reingreso (el puesto de trabajo desempeñado se reserva, al menos, durante dos años, de suerte que transcurrido ese período, dicha reserva lo es para una plaza en la misma localidad y de igual retribución), sin que el solicitante pueda sufrir más perjuicio que la falta de percepción de los haberes durante el tiempo de disfrute (art. 89.4 EBEP).

Además, la Administración está obligada a conceder la excedencia sin dilaciones arbitrarias, ya que el beneficiario último de la medida es el propio hijo o familiar, y el cómputo de la excedencia viene determinado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad, y, por tanto, el derecho comienza en ese mismo momento y no permite retrasos contrarios a su propia finalidad. Asimismo, no puede denegarse la excedencia alegando que la solicitud o la documentación presentadas son insuficientes, cuando de estas se desprende de una forma clara la existencia de una causa o cuando se deduzca, aunque sea de una manera indiciaria, el desvalimiento del familiar, sin perjuicio de que con posterioridad se solicite una prueba más precisa^[8].

Es más, teniendo en cuenta que la excedencia funcionarial por cuidado de hijo o familiar es mayoritariamente disfrutada por mujeres, procede atender a la salvaguarda de la prohibición de discriminación por razón de sexo que ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la fémina que la sufre, que ve limitados, en el ámbito laboral y de la protección social si se trata de una trabajadora (empleada pública, *in casu*), sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1). En consecuencia, se incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, lesiva del art. 14 CE, cuando se acredite que el factor prohibido representó la causa de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio^[9]. Difícil es, pues, que concurren en la práctica discriminaciones directas, pues es necesario que se manifiesten de forma expresa prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres. Mucho más frecuente, sin embargo, es que acaezcan discriminaciones indirectas, concebidas como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”. Se está, pues, ante una preterición de este tipo cuando concurren dos presupuestos: los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de mujeres afectadas es considerablemente superior al de los hombres, sin que dicha realidad esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo^[10].

Precisamente esta modalidad de discriminación tiene lugar en el supuesto aquí enjuiciado, pues aun cuando la excedencia implica la reserva del puesto de trabajo al menos durante dos años (o una plaza en la misma localidad y retribución superado este período), pudiendo asistir el solicitante a cursos de formación convocados por la Administración y computando el tiempo en dicha situación a los efectos de “ trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social” (art. 89.4 EBEP), lo cierto es que en la concreta valoración de los méritos computables para la provisión de puestos de superior nivel dentro del cuerpo de funcionarios con habilitación de carácter estatal dicho lapso se calcula en un porcentaje inferior al que correspondería de haber estado en servicio activo. Ello provoca un claro perjuicio de la empleada afectada.

Dicha práctica merece, por tanto, ser tachada como discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que afecta muy mayoritariamente a las mujeres e implica un resultado desfavorable, a lo que cabe añadir que desincentiva el recurso a las medidas de conciliación (en contra de la lógica del propio Tribunal Constitucional). Merece, por ende, la calificación de nula por ser contraria a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, tal y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia aquí comentada, que apuesta por la consideración del período de disfrute de una excedencia por cuidado de familiares como si se tratara de servicio activo al objeto de no perjudicar el derecho al ascenso u otras expectativas profesionales.

Esta interpretación da por terminadas consideraciones previas de algunos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia contrarios a la consideración

de la excedencia por cuidado de familiar como servicio activo, pudiendo citar en paradigmático ejemplo la STSJ Andalucía/Granada (CA) 28 de noviembre de 2011 donde se afirmaba: “[...]no puede concluirse otra cosa que la recurrente pretende el reconocimiento de un derecho no amparado por el ordenamiento jurídico pues su pretensión supone que la Sala reconozca la ficción de que el tiempo disfrutado en situación de excedencia ha sido real y efectivamente trabajado a los efectos de la consideración como experiencia profesional en el proceso selectivo, lo que excede de los efectos legales asociados a la situación de excedencia y supondría la asimilación de los efectos de la indicada situación administrativa a los propios de los permisos y licencias, en los que el período de interrupción de la prestación del servicio se considera como tiempo de servicio activo a todos los efectos [...]”.

Con acierto, esta tesis rígida ha quedado desvirtuada por el Tribunal Supremo.

Es más, en la idea de la equiparación entre excedencia por cuidado de familiar y servicio activo va a incidir *ad futurum* de forma contundente la nueva Directiva 2019/1158, que establece varias medidas tendentes a evitar posibles perjuicios derivados del ejercicio de los derechos de conciliación: 1.- En primer lugar, incorpora el principio de no afectación a través de tres previsiones fundamentales (art. 10): 1) se respetarán “los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos (parentales)..., incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales”; 2) “los Estados miembros garantizarán que, al finalizar los permisos (parentales)..., los trabajadores tengan derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso”; 3) “los Estados miembros definirán el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante los períodos de permiso (parental)..., también por lo que respecta a la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos”^[11].

Se recoge así un sistema de indemnidad profesional y económica por razón de la utilización de un permiso parental con el fin de que los trabajadores que recurren a tales derechos (normalmente mujeres) mantengan sus condiciones laborales, sin que se vean dañados después de su finalización, esto es, sin consecuencia negativa alguna. El Tribunal de Justicia ha declarado, además, que se trata de un principio especialmente importante de Derecho Social Comunitario que, como tal, no es susceptible de ser interpretado restrictivamente^[12], pronunciándose en diversas ocasiones sobre el mantenimiento sin modificaciones de los “derechos adquiridos o en curso de adquisición” cuando se ejercitan derechos de cuidados en referencia a “la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental”^[13].

Cabe mencionar, a título ejemplificativo, la Sentencia de 7 de septiembre de 2017^[14], en la que reconoció a la trabajadora que disfrutaba del permiso el derecho a obtener una posible promoción definitiva a una función directiva (realizando unas prácticas de duración determinada). Se estimó que no resultaba conforme a la norma comunitaria la decisión de la empresa de cesar a la empleada como trabajadora en prácticas, y, en consecuencia, adjudicarle de nuevo su puesto anterior, de nivel inferior, por no haber superado con éxito, debido a su ausencia por razón del permiso parental, el período de prácticas de dos años en el curso directivo que se le había adjudicado antes del mencionado permiso. También es de interés la Sentencia de 8 de mayo de 2019^[15], donde ha señalado que el cálculo de las indemnizaciones por despido y por recolocación de un trabajador por cuenta ajena en permiso parental a tiempo parcial debe efectuarse sobre la base de la retribución a tiempo completo. Otra manifestación se puede encontrar en la Sentencia de 13 de febrero de 2014^[16], en la que declara la no conformidad con el Acuerdo Marco una disposición convencional que obligaba a

reincorporarse a un trabajador que estaba disfrutando un permiso parental (no retribuido) para acceder a una licencia por maternidad (retribuida).

También puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2020^[17], que reputa discriminatoria la aplicación del principio de proporcionalidad en las reducciones de jornada por cuidado de hijo, pues es capaz de provocar que la realización de guardias médicas vaya acompañada de un consecuente menor tiempo de descanso retribuido computable como de trabajo.

En fin, en la misma línea que la sentencia aquí comentada se ha pronunciado el Tribunal Supremo con referencia al sector privado en Sentencia de 3 de diciembre de 2019^[18], en virtud de la cual la expresión utilizada en un acuerdo colectivo referida a ausencias al puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, no puede tener un alcance tan amplio como para excluir del sistema de incentivos de productividad a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas por razones de conciliación, pues podrían tener un mayor impacto en el colectivo de mujeres^[19].

X. Apunte final

Teniendo en cuenta que el vínculo entre la conciliación de la vida familiar y laboral y la desigualdad de la mujer estriba en una segregación hacia la madre o más bien hacia la cuidadora^[20], no plantea problema alguno entender que, en el supuesto enjuiciado por la sentencia objeto de comentario, ha tenido lugar una clara discriminación indirecta manifestada en un perjuicio para el ascenso derivado del disfrute de una excedencia por cuidado de hijo en el marco de la función pública ante una penalización en la valoración de los méritos.

Aunque han sido muchos los esfuerzos, a veces reales, a veces pretendidos, desarrollados por las normas internacionales y europeas, pasando por el texto constitucional, así como por la legislación laboral española de desarrollo en aras de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo, la realidad se encarga de demostrar la poca efectividad que han tenido para evitar tratos peyorativos ocultos bajo formulaciones aparentemente neutras.

Herramienta fundamental en la lucha contra estas discriminaciones indirectas por motivos de ejercicio de los derechos conciliación de la vida laboral y familiar, tanto en el sector privado como en el público, es el plan de igualdad debidamente negociado con los representantes unitarios o sindicales, pues debe llevar a cabo una labor de diagnóstico de las dificultades obrantes en cada uno de los puestos de trabajo, estableciendo de un programa concreto de actuación para corregir los perjuicios, fijando objetivos, actuaciones concretas, cronograma y personas responsables de su implantación y seguimiento^[21].

Referencias:

1. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, pág. 7.
2. ^ CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, pág. 1.
3. ^ LÓPEZ BALAGUER, M.: “Principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva”, en AA.VV (BALLESTER PASTOR, M.E., Coord.): *La*

- transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, pág. 89.*
4. ^ SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.
 5. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 85.*
 6. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Conciliación de vida privada y laboral”, *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, 64.
 7. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pág. 238.
 8. ^ GALA DURÁN, C.: *La reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijo o familiares en las Administraciones Públicas, Barcelona (Cemical), 2016, pág. 114.*
 9. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social”, en AA.VV(MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dirs.): *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, Granada (Comares), 2008, pág. 999.*
 10. ^ STJCE C-167/1997, de 9 de febrero, de 1999, asunto Seymour Smith y Pérez.
 11. ^ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo), Madrid (Dikynson), 2019, pág. 22.*
 12. ^ STJUE C-537/07, de 16 de julio de 2009, asunto Gómez Limón.
 13. ^ STJUE C-588/12, de 27 de febrero de 2014, asunto Lyreco Belgium.
 14. ^ C-146/16. También STJUE C-7/12, de 20 de junio de 2013, asunto Riezniece.
 15. ^ C-486/18, asunto RE/Praxair MRC SAS. Con anterioridad, SSTJUE de 22 de octubre de 2009, C-116/08, asunto Meerts y de 27 de febrero de 2014, C-588/12, asunto Rogiers.
 16. ^ C-512/11 y 513/11, asuntos Kutarinta y Novamo.
 17. ^ 168/2020.
 18. ^ Rec. 141/2018.
 19. ^ *En parecido sentido, STSJ Baleares 31 julio 2020 (rec. 346/2019), que hace referencia al sistema de libre designación para el ascenso a un puesto de confianza: jefe de sector. A dicho puesto sólo se puede acceder desde otras jefaturas en las que no han podido ingresar previamente las mujeres.*
 20. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 85.*
 21. ^ NAVASQUILLO CALLEJA, A.S.: “El plan de igualdad y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la actualidad tras la nueva regulación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 73, 2021, pág. 4