

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

Nº:

1/ 1_4

MATERIA:

Acceso a la Función Pública.

ASUNTO:

Posibilidad de compatibilizar la realización de un curso selectivo con el permiso por parto.

FECHA:

04/11/2016

CONSULTA:

Situación de una funcionaria en prácticas embarazada o que da a luz en el curso selectivo. En concreto, se solicita criterio sobre los siguientes extremos:

1º Compatibilidad de la condición de funcionaria en prácticas con la concesión del permiso por parto del artículo 49 TRLEBEP.

2º En el caso de que el órgano responsable de la realización del curso selectivo determine, tras la solicitud de la funcionaria de alternativas a la asistencia presencial al curso (como cursos on-line, trabajos complementarios y/o adicionales, retraso de pruebas, etc.), que no es posible el ofrecimiento de tales alternativas, y de que se verifique que la no asistencia al curso estaría basada en

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

su situación de maternidad, a la vista de las previsiones normativas expresas del artículo 24 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (RGI), así como de los pronunciamientos judiciales sobre la materia,

- a) Qué órgano tiene la competencia para adoptar la resolución que proceda.
- b) Concorre en estos casos la fuerza mayor prevista en el art. 24.2 RGI.
- c) Cuáles son sus efectos respecto de su condición de funcionaria en prácticas (administrativos y retributivos, *dies a quo* y *ad quem*).
- d) En el supuesto de que se adoptara una decisión que permita a la funcionaria la realización del curso en una fecha posterior y que fuera superado por ésta, ¿Deben pueden, de oficio o a instancia de parte, reconocerse efectos retroactivos? ¿Con qué extensión y desde qué fecha?

RESPUESTA:

Es necesario destacar la falta de una completa regulación sobre el funcionario en prácticas, existiendo una serie de normas dispersas referidas al mismo.

El funcionario en prácticas aparece regulado en el artículo 24 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

Hay que destacar que la relación que se establece entre el funcionario en prácticas y la Administración Pública en la que pretende ingresar es distinta a la relación que adquiere una vez que es nombrado funcionario de carrera.

Así, aquellos que no superen el curso selectivo o período de prácticas *“perderán el derecho a su nombramiento como funcionarios de carrera, mediante resolución motivada de la autoridad que haya efectuado la convocatoria, a propuesta del órgano responsable de la evaluación del curso selectivo”* (artículo 24.1, Reglamento General de Ingreso), y no generarán ningún derecho a su favor frente a la Administración, a salvo del pago de las retribuciones que les hubiere correspondido como funcionarios en prácticas o la cotización a la Seguridad Social durante dicho período.

Continúa el Apartado 2 del mismo artículo 24 disponiendo que: *“Quienes no pudieran realizar el curso selectivo o el periodo de prácticas (...) o por causa de fuerza mayor debidamente justificada y apreciada por la Administración, podrán efectuarlo con posterioridad intercalándose en el lugar correspondiente a la puntuación obtenida”*.

Delimitadas las características de la figura del funcionario en prácticas, en las que se destaca la clara diferencia existente entre un funcionario de carrera y un funcionario en prácticas, es necesario establecer si el régimen de permisos previsto para los funcionarios de carrera es aplicable a los funcionarios en prácticas.

A este respecto se entiende que ha de ser el Centro competente quien, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, pondere la compatibilidad del permiso solicitado con la realización del período de prácticas o curso selectivo.

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

En este sentido, parece razonable que el permiso que se solicite no deba acordarse cuando el período del curso selectivo o de prácticas pueda quedar desvirtuado por la concesión del mismo, ya que es requisito *sine qua non* la superación de los mismos para poder ser nombrados funcionarios de carrera.

Prima facie, este parecería que podría ser el supuesto del permiso de maternidad contemplado en el artículo 49.a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; no obstante, y a falta de regulación normativa expresa en el ámbito de la Función Pública, se entiende que la decisión final que adopte el órgano competente debería de tener en cuenta, como a continuación se expondrá, tanto la regulación legal en materia de igualdad, como la jurisprudencia constitucional existente en esta materia y los diversos pronunciamientos que al hilo de la misma se ha venido produciendo por distintos órganos de la jurisdicción ordinaria.

El estudio de la legislación vigente en materia de igualdad, exige el examen de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres, y en concreto, para lo que aquí afecta, de sus artículos 3, 8 y 51, respectivamente.

El artículo 3, bajo la rúbrica de *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*, dispone que:

“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 obligaciones familiares y el estado civil”.

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

Por su parte, el artículo 8, titulado *Discriminación por embarazo o maternidad*, establece que:

“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

Finalmente, el artículo 51, dedicado a los *Criterios de actuación de las Administraciones públicas*, prevé que:

“Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.

b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

(...)

e) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo (...).”

Asimismo, cabe destacar, como señala la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en su Exposición de Motivos, que a través de esta norma se incorpora al ordenamiento español la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Estas Directivas, por su parte, y entrando ya en el examen jurisprudencial, han dado lugar a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunciara respecto a una cuestión similar a la que se plantea a través de la Sentencia de 16 de febrero de 2006, asunto C - 294/04, dictada en virtud de cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español.

En concreto, la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2006, declaró que la citada directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

Por su parte, el 5 de mayo de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó Sentencia en el recurso de amparo 3256-2012, (STC 66/2014), en la que otorga el amparo a una mujer que, como consecuencia de coincidir el nacimiento de su hijo con la realización del curso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal, no fue nombrada funcionaria de carrera hasta un año y medio después con el perjuicio que ello supuso para la recurrente.

El Tribunal entiende que en este caso se ha vulnerado el derecho de la demandante a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no haber tenido en cuenta la Administración que la condición biológica y la salud

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja, reconociendo a la interesada se retrotraigan los efectos económicos y administrativos en las mismas condiciones que el resto de integrantes de su promoción.

En concreto, el Alto Tribunal, además de tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria citada, establece en su Sentencia lo siguiente:

En el Fundamento Jurídico cuarto, dispone que: *“(...) Ahora bien, la resolución administrativa no tuvo en cuenta que, si bien es cierto que la demandante de amparo solicitó el aplazamiento de la realización del curso e incluso, posteriormente, su no realización porque llevaba más de tres años como gestora procesal interina, eso no significa, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que aceptase los efectos de ese aplazamiento, que combatió desde el principio”*.

Continúa el Fundamento Jurídico quinto: *“De la motivación de la resolución administrativa y de la fundamentación de la Sentencia referida, se deduce, como sostiene el Ministerio Fiscal, que la maternidad de la demandante de amparo fue el fundamento del perjuicio laboral causado, concretado en el no reconocimiento de sus derechos económicos y administrativos con carácter retroactivo, desde la fecha en que sus compañeros de promoción tomaron posesión de sus plazas (...) La demandante de amparo solicitó en reiteradas ocasiones a la Dirección de Justicia de la Comunidad de Madrid la celebración de un curso ad hoc u otras medidas alternativas incluso que le permitiesen no realizar el curso dado que llevaba más de tres años como funcionaria interina, desempeñando las labores de gestor procesal. (...)”*

En este sentido, el Alto Tribunal señala que: *“corresponde inicialmente a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación*

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE”.

Por su parte, en el Fundamento Jurídico sexto se establece que: *“Tal y como ha quedado expuesto, tal vulneración fue reparada inicialmente por el Juez de lo Contencioso-Administrativo, quien en su Sentencia anuló la desestimación presunta de la solicitud formulada en vía administrativa y reconoció el derecho de la demandante a la plena efectividad de los derechos administrativos y económicos derivados de la toma de posesión como funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa en las mismas condiciones que el resto de los integrantes de su promoción”.*

En aplicación de esta doctrina constitucional, la **Sentencia de 25 de noviembre de 2015 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid**, establece en su Fundamento de Derecho Segundo, lo que sigue: *“(…) En consecuencia, a igual solución se ha de llegar en el presente supuesto, al haber sido también el proceso de maternidad de la recurrente, debidamente justificado, lo que motivo la ausencia al curso selectivo de su convocatoria, lo cual fue notificado por la recurrente con carácter previo a su inicio, sin que se ofreciera alternativa válida en tal proceso selectivo, debiéndose tener en cuenta que es doctrina de nuestro Tribunal Constitucional relativa a la prohibición constitucional específica sobre los actos discriminatorios por razón de sexo, que la lesión directa del art. 14 CE se habrá producido “cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio” (...) motiva la aplicación de la normativa nacional en el sentido de reconocer a la trabajadora (o funcionaria) que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos que a otros aspirantes aprobados en el mismo proceso de selección, lo que conlleva la estimación del presente recurso”, declarando el derecho de la recurrente a que “se le reconozca con carácter retroactivo todos los*

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

derechos económicos, de antigüedad y demás efectos que proceda, desde la fecha del fin del plazo de posesión de los aspirantes seleccionados en el mismo proceso selectivo en el que la recurrente tomo parte, (...) con el interés legal correspondiente en el caso de los derechos económicos”, e imposición de las costas procesales a la Administración Pública demandada.

Asimismo, cabe citar la **Sentencia 285/2015, de 4 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**, que en su Fundamento Jurídico Quinto, dice así: «(...) Además, la resolución de la Administración no sólo era acorde con la propia solicitud de la recurrente, al otorgarle el aplazamiento del periodo de prácticas, amparándose en las previsiones del art. 24.2 del mismo RD 364/1995, sino, asimismo era acorde, al proceder a su nombramiento como funcionaria en prácticas, con las exigencias constitucionales y comunitarias de proscripción de la discriminación por razón de sexo, y especialmente por situación de embarazo, dado que dicha situación no puede ser obstáculo al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Siendo en este sentido sumamente esclarecedora como alegaba la apelante, la sentencia de 16 de febrero de 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C -204-04 [...], supuesto que aunque no guarda identidad con el que nos ocupa sí exige valorar la improcedencia de la adopción de medidas que comporten, con relación al acceso al empleo (en este caso la función pública) en supuestos de situaciones de embarazo y maternidad, una limitación de los derechos de las trabajadoras, situándolas en discriminación, lo que ocurre si se demora el nombramiento de funcionaria en prácticas, con la subsiguiente limitación de los derechos que conlleva aquella demora, y de los que quedaría desprovista la trabajadora en atención a su situación de embarazo, afectación en este caso aún más grave, al demorar dicho nombramiento, que la examinada por el Tribunal en que el nombramiento se produce pero ante la falta de toma de posesión no se reconocieron determinados derechos de carácter, en última instancia, económicos y profesionales (...)».

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

Para evitar una discriminación por razón de sexo, concretada en un trato discriminatorio por razón de la maternidad, lo que supondría una vulneración de los artículos 14 y además, en este caso, del 23.2, ambos de la Constitución Española; de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y del resto de pronunciamientos judiciales se deduce que recaería sobre la Administración Pública la obligación de establecer medidas que conlleven la adaptación para la realización del curso selectivo a la reciente maternidad de la funcionaria en prácticas, a través de “medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad” (STC 66/2014).

Por tanto, se entiende que la Administración Pública debe de realizar todas las actuaciones posibles que permitan la realización del curso en la situación de maternidad, entendiendo, como señala dicha jurisprudencia que han de ser “medidas alternativas”, es decir, medidas distintas que puedan tener el mismo efecto que se persigue con las iniciales, sin que sea suficiente, a la luz de la doctrina expuesta, determinar que no cabe la participación en el curso selectivo únicamente atendiendo a la *programación inicial* que se haya podido hacer del mismo.

Finalmente, y si bien se entiende que la solución en este caso pasaría por la adopción de las medidas alternativas que permitiesen conciliar la realización del citado curso selectivo con la maternidad, atendiendo a la petición expresa que realiza el órgano consultante se examina, no obstante, la aplicación en este caso de la “fuerza mayor”.

Consultadas en el BOE las bases del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ingenieros Técnicos Forestales al servicio de la Hacienda Pública, aprobadas por Orden HAP/1494/2015, de 16 de

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

julio, se indica lo siguiente en su Anexo I, Apartado I. B, sobre el Curso Selectivo:

“B) Curso selectivo. (...). Todos los aspirantes que superen la fase de oposición realizarán un curso selectivo en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, que deberán superar con aprovechamiento.(...)”

La asistencia a las clases y actividades que se organicen en el desarrollo del mismo será obligatoria. El incumplimiento de este requisito, salvo causas justificadas, valoradas por la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, originará la imposibilidad de concurrir a las pruebas que se realicen durante el mismo y, por tanto, se perderá el derecho a ser nombrado funcionario de carrera.(...)”

Los aspirantes que no superen el curso selectivo de acuerdo con el procedimiento de calificación previsto en esta convocatoria, perderán el derecho a su nombramiento como funcionarios de carrera, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1 del Real Decreto 364/1995, mediante resolución motivada de la autoridad convocante, a propuesta del órgano responsable de la evaluación del curso selectivo.

Quienes no pudieran realizar el curso selectivo por causa de fuerza mayor, debidamente justificada y apreciada por la Administración, podrán incorporarse al inmediatamente posterior, intercalándose en el lugar que les corresponda de acuerdo con la puntuación obtenida”.

En primer lugar, cabe recordar que es el órgano convocante a quien le corresponde interpretar el alcance de las distintas previsiones contenidas en las bases de la convocatoria del proceso selectivo; sin perjuicio de ello, y en aras de facilitar el asesoramiento solicitado, se indica el parecer de esta Unidad al respecto.

A la luz de las bases de la convocatoria, que son “ley del proceso selectivo”, como ha recordado de modo reiterado la jurisprudencia, a la Escuela de la Hacienda Pública le correspondería determinar el carácter obligatorio o facultativo de la asistencia a todas las clases y actividades que se organicen en desarrollo del curso selectivo, y estimar el carácter justificado o no de las ausencias a las mismas que en su caso se produzcan.

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

En cambio, atendiendo a dichas bases, se entiende que la declaración de la existencia de una causa de fuerza mayor correspondería al órgano convocante o al que por delegación ejerza tal competencia, autoridad a la que, asimismo, le corresponde el nombramiento como funcionario en prácticas.

En caso de que se declare la fuerza mayor, en puridad y a la luz de la convocatoria, quien incurra en la misma cesaría en la condición de funcionario en prácticas desde dicho momento, y no volvería a ser nombrado como tal hasta que se incorporase en el curso selectivo inmediatamente posterior.

No obstante, y sin perjuicio de lo que finalmente interprete el órgano convocante, cabe recordar, como se ha podido constatar en los pronunciamientos judiciales examinados, que pese a que, atendiendo incluso a una posible petición de la interesada por la que se declare dicha causa (fuerza mayor), los órganos judiciales están entendiendo que los efectos económicos y administrativos y demás que pudieran proceder, se retrotraerán a la fecha de finalización del plazo para la toma de posesión de los aspirantes seleccionados en el mismo proceso selectivo en el que la recurrente tomo parte, declarando asimismo el derecho a que las cantidades que tenga que percibir por dichos conceptos se incrementen en el interés legal correspondiente, y con imposición de las costas procesales a la Administración Pública demandada; cuando no, que la causa de maternidad no debe de ser considerada fuerza mayor y que, por tanto, la funcionaria en prácticas debe de continuar en tal situación, sin perjuicio, de la realización del curso selectivo.

Por todo ello, se reitera que en este caso el parecer de esta Dirección General es que, a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, se entiende que la Administración Pública debe de realizar todas las actuaciones posibles que permitan la realización del curso en la

**BOLETÍN DE INFORMACIÓN DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
SOBRE RESPUESTAS A CONSULTAS**

situación de maternidad, adoptando para ello las correspondientes medidas alternativas.

Todo lo anterior se informa sin perjuicio de lo que finalmente acuerde interpretar el órgano convocante.