

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 641/2020, de 3 de junio de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 78/2018

SUMARIO:

Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Reducción de jornada del 50%. Mantenimiento íntegro de la retribución. Aplicabilidad del artículo 49 e) del EBEP en supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor. Compatibilidad de la exigencia de cuidado directo, continuo y permanente con su escolarización. Asistencia de la niña con regularidad a su centro educativo, si bien se le debían practicar dos controles diarios de azúcar en sangre en horario escolar y seguir las pautas oportunas establecidas por el equipo médico. A pesar de que no resultan invocables ni el artículo 6 del RD 1148/2011 ni el artículo 135 quater del TRLGSS, ello no es óbice a que sí pueda ser tomado en consideración el artículo 2.1 del mencionado reglamento, ya que su contenido no regula la prestación en sí misma, sino la situación protegida, que es la aquí cuestionada. Entiende la Sala que el redactado del RD 1148/2011, artículo 2.1, y su extenso Anexo sirven de orientación interpretativa a efectos de comprender cuál es la situación protegida ante la omisión reglamentaria de la Función Pública, fuere la estatal, fuere la autonómica. Por tanto, no es óbice la escolarización de la menor cuando se acredita la imposibilidad de que la enfermedad grave sea atendida en el centro escolar público por personal sanitario, inexistente, o incluso el docente que, como en el caso, ni están preparados ni quieren hacerlo, ni menos aún tienen obligación al carecer de formación sanitaria. De todo ello resulta que el artículo 49 e) del EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado.

PRECEPTOS:

Ley 7/2007 (EBEP), art. 49 e).

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 135 quater.

RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), arts. 2.1 y 6.

PONENTE:

Don Celsa Pico Lorenzo.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 641/2020

Fecha de sentencia: 03/06/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 78/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 31/03/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 78/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D.^a Celsa Pico Lorenzo
D.^a María del Pilar Teso Gamella
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 3 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-78/2018, interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia 367/2017, de fecha 27 de septiembre de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que estimó el recurso de apelación núm. 258/2016 interpuesto contra sentencia de fecha 18 de abril de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Toledo recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 313/2015.

Ha sido parte recurrida doña Eulalia, representada por el procurador de los tribunales D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso de apelación número 258/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia el 27 de septiembre de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

- «1. Estimamos el recurso de apelación.
2. Revocamos la sentencia de instancia.
3. Estimamos el recurso contencioso administrativo.

4. Anulamos la Resolución de 24 de Junio de 2015 de la Secretaría General de la Consejería de Fomento por la que se desestima el recurso de alzada puesto contra la Resolución de 23-4-2015 de la Secretaría General de la Consejería de Fomento, desestimatoria de la solicitud de reducción retribuida de jornada del 50 % por cuidado de menor afectado por enfermedad grave.

5. Se reconoce a Dña. Eulalia el derecho a la de reducción retribuida de jornada del 50 % por cuidado de menor afectado por enfermedad grave con mantenimiento íntegro de la retribución.

6. Que se le abonen las cantidades dejadas de percibir en concepto de sueldos y salarios desde el 4-5-2015, fecha de efectos de la reducción de jornada retribuida, con los intereses legales correspondientes.

7. No se imponen costas en apelación, y se imponen a la Administración las costas de la primera instancia, con el límite aludido.»

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha tuvo por preparado mediante Auto de 21 de diciembre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 11 de junio de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia núm. 367/2017, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sección Segunda, rec.núm. 258/2016).

Segundo.

Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) si el artículo 49.e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor; y (ii) si, entendiendo que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor.

Tercero.

Identificar como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el artículo 49.e) EBEP, así como la contenida en el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la

aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Cuarto.

Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.

Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.

Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 15 de junio de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por escrito de fecha 20 de junio de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «[...] se declare la conformidad a derecho de la sentencia de 18 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Toledo en el procedimiento abreviado 313/15, confirmándose la legalidad de la resolución de 24 de junio de 2015 de la Secretaría General de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, desestimatoria de la Resolución de 23 de abril de 2015.»

Quinto.

Por providencia de 28 de septiembre de 2018, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de doña Eulalia en escrito del 6 de noviembre de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «[...] se sirva dictar Sentencia por la que, tras los trámites de rigor, se declare no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la recurrente.»

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 4 de febrero de 2020 se señala este recurso para vista pública el día 31 de marzo de 2020.

Séptimo.

Por providencia de 13 de mayo de 2020 se acordó dar traslado a las partes para que en el plazo común de siete días manifestasen si renunciaban a la celebración de vista señalada para el 31 de marzo. Lo que efectuaron tanto la parte recurrente como la recurrida en sendos escritos de 14 de mayo de 2020, manifestando su renuncia a la vista señalada.

Octavo.

El 27 de mayo de 2020 ha tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia*

La representación y defensa de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha interpone recurso de casación contra la Sentencia de 27 de septiembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sección Segunda, rec. núm. 258/2016) que estimo el recurso de apelación contra la sentencia núm. 89/2016, de 18 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Toledo, que concluye que en el caso concreto no ha quedado acreditado que el cuidado que presta la progenitora demandante sea directo, continuo, permanente y en el domicilio, por la circunstancia de la escolarización.

Se había impugnado la Resolución de 24 de junio de 2015 de la Secretaría General de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra Resolución desestimatoria de 23 de abril de 2015, desestimatoria, a su vez, de la solicitud de reducción retribuida de un 50% de la jornada diaria de trabajo, por cuidado de hija menor de edad afectada por enfermedad grave. La denegación tuvo lugar por no constar la necesidad de requerir una atención directa, continua y permanente equiparable a la que precisaría la menor de estar hospitalizada, requisito contemplado en el artículo 49. e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público [EBEP] y en el artículo 107. n) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha. La hija de la solicitante se encontraba aquejada de una enfermedad grave, DIRECCION000. La niña asistía con regularidad a su centro educativo, si bien se le debían practicar dos controles diarios de azúcar en sangre en horario escolar y seguir las pautas oportunas establecidas por el equipo médico. Atendiendo al informe médico, en definitiva, se situaba a la madre en una situación de alerta constante, por si hubiera que aplicar un protocolo distinto del habitual, situación que podría ser equiparable a la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por una persona capaz y que resultaría entonces incompatible con el desarrollo de una jornada laboral completa y al uso.

La sentencia (completa en CENDOJ Roj: STSJ CLM 2320/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:2320) tras rechazar la inadmisibilidad del recurso en el fundamento PRIMERO declara en el SEGUNDO que «Admitido por el Tribunal de Instancia que la menor está afectada de " DIRECCION000, enfermedad grave de las incluidas en el Anexo del RD 1148/2011", ni que dicho reglamento, para personal laboral, no pudiera ser de aplicación al caso concreto (...), que dicha enfermedad requiere que alguien preste un cuidado directo continuo y permanente a la niña (5 años de edad en el momento de la petición), y no negando validez a los informes médicos ni a la recomendación de que la escolarización sea recomendable, tampoco entendemos como razonable la conclusión a la que se llega en la citada Sentencia.

Con los presupuestos mencionados la cuestión planteada se responde por sí sola: la niña precisa de un control permanente de sus índices de glucemia (unas 8 veces al día), con aplicación de la medicación necesaria en su caso; dicho control no lo presta el personal del Colegio, pues en primer lugar ni están preparados ni quieren hacerlo, y además sólo sería en el horario escolar; más aún, es la madre la que acude dos veces por la mañana al Colegio para hacer las mediciones; al no estar hospitalizada no lo presta personal sanitario (es curioso que si está en el hospital sí tendría derecho a la reducción, cuando el personal sanitario y no los padres, sería el que prestaría los cuidados necesarios); la única persona que puede, quiere y al tiempo está formada para ello es quien pide la reducción de la jornada (también podría el padre, pero éste no ha pedido la reducción).

La escolarización nada tiene que ver en el caso analizado..»

Segundo. *El interés casacional.*

Precisa el ATS de 11 de junio de 2018 que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) si el artículo 49.e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor; y (ii) si, entendiendo que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor.

Identifica como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el artículo 49.e) EBEP, así como la contenida en el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Tercero. *El recurso de casación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.*

Entiende vulnerados el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [EBEP], así como el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave - y las recomendaciones.

Insiste que se vulneran las normas citadas, pues no existe ni hospitalización ni el tratamiento continuado, ni siquiera cuidado en el domicilio del menor.

Aduce que la reducción de la jornada un 50%, sin merma alguna de retribución, se ha previsto para casos singularmente excepcionales, de enfermedades graves, que requieran un cuidado personal, directo, continuo y permanente. La circunstancia de que el derecho a la reducción sin pérdida de retribuciones sea en estos casos como mínimo, de un significativo 50%, por sí solo pone de manifiesto la extraordinaria intensidad de la dedicación que el progenitor debe prestar al hijo como consecuencia de la enfermedad.

Insiste en que nos encontramos con que no concurre el requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente. Consta que la niña está escolarizada y si bien necesita de dos controles de azúcar en sangre en horario escolar, es decir, a las 10:30 y a las 13:30, ello no supone que el cuidado sea continuo y permanente, tal como exige la norma.

Concluye que además, que la madre solicitó una reducción de jornada para el cuidado de su hija menor, que es inferior al tiempo que ahora reclama del 50%, lo que se concedió por resolución de fecha 5 de mayo de 2.015 al serle concedida una reducción de la jornada diaria de 2 horas y 38 minutos. Esto es, se reconoce que la necesidad no alcanza el tiempo mínimo del 50% que es el previsto para el derecho que se está solicitando.

Cuarto. *La oposición de la recurrida.*

Objeta que la interpretación restrictiva del art. 49.e) EBEP que propone la Administración conduce a resultados contradictorios con la finalidad de conciliación de la vida personal y familiar y de protección del menor, llegando hasta el punto de atreverse a valorar que la DIRECCION000 "no es comparable con los procesos que se mencionan" (cáncer e ingresos hospitalarios de larga duración), lo que no es más que un juicio de valor.

La normativa se refiere por igual a las 109 enfermedades del Anexo (que incluye en el Apartado 1 a las enfermedades oncológicas), y cuando han pasado como hechos probados las gravísimas consecuencias que conlleva la falta de tratamiento de la DIRECCION000: si un niño con DIRECCION000 no sigue el tratamiento muere indefectiblemente y, aunque lo siga, si el cuidado no es continuado, permanente y directo, da lugar a complicaciones agudas y crónicas que provocan daños cerebrales, ceguera, insuficiencia renal (pericial e informe médico doc 3).

El hecho de que no se aplique el RD 1148/2011 al personal funcionario, la falta de desarrollo reglamentario del art. 49.e) EBEP y la tendencia de la Administración a aplicarlo literalmente, coloca al funcionario en una situación clara de desigualdad ante la que, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha no ha dado justificación objetiva, razonable y proporcionada en relación con el fin que se pretende alcanzar. Reputa injusto que en función de la naturaleza jurídica de la relación, laboral (prestación) o estatutaria (permiso retribuido), de los progenitores, pueda ser diferente el cuidado familiar que el menor vaya a tener a lo largo de la enfermedad grave. Se penaliza además a quienes para prestar esos cuidados han de solicitar un permiso no retribuido, como es este caso.

Como colofón de la injustificada diferencia que se produce, hace notar que el RD 1148/2011 si se aplica al personal laboral que trabaja para la Administración (ex art. 51 EBEP).

Esta es la conclusión a la que llega siguiendo los dictados del art. 3 del Código Civil y de la jurisprudencia menor invocada: el contenido del art. 2.1 RD 1148/2011 ha de ser tenido en cuenta para su aplicación en aquellos supuestos en que un menor que padezca cualquiera de las enfermedades relacionadas en el Anexo del RD 1148/2011, se encuentre en su domicilio después de haber sido en algún momento hospitalizado y diagnosticado,

y su progenitor deba reducir su jornada de trabajo por un tiempo mínimo del 50% para cuidarle de forma directa, continuada y permanente.

Subraya que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió en fecha 4 de julio de 2014 un Oficio conteniendo una serie de criterios interpretativos cuyo fin es el de lograr la debida coherencia sistemática entre los distintos preceptos del RD 1148/2011.

Así, y respecto del contenido del art. 2.1 RD 1148/2011, asimila la existencia de ingreso hospitalario de larga duración, al diagnóstico de la enfermedad grave del Anexo estando el menor hospitalizado, pero sin margen temporal en cuanto a la hospitalización. Y explica que la hospitalización sin margen temporal significa:

"que no requiere que se extienda en el tiempo", es decir, que no requiere que sea de larga duración,

Y que "tampoco requiere que sea precedente inmediato del cuidado domiciliario", es decir, que no requiere una sucesión ininterrumpida entre la hospitalización y el cuidado domiciliario.

Parte de dos hechos no controvertidos: los niños con DIRECCION000 son escolarizados en centros ordinarios y los cuidados que dan los padres a sus hijos con DIRECCION000 para lograr un tratamiento correcto deben tener una continuidad en el colegio. Estos hechos notorios deben ser asumidos tanto por los padres, como por el Equipo médico-sanitario que trata la DIRECCION000 del niño, como por el Centro Educativo. Recalca que no existe normativa alguna que responsabilice al Centro Educativo del seguimiento de los cuidados del niño con DIRECCION000 durante la escolarización.

Recalca que esta es la situación: es la madre de Estela, la que presta ese cuidado continuo, permanente y directo, incluso en el horario escolar, y el mismo CEIP " DIRECCION001" de DIRECCION002 (Toledo) certifica que la madre "tiene permitida su entrada al Centro al fin de que pueda llevar a efecto los cuidados directos, permanentes y continuados que el tratamiento de esta enfermedad grave exige, de acuerdo con el Informe Médico firmado por el Dr. Celso del Complejo Hospitalario de Toledo, según consta en el informe que la familia aporta al Centro". El Centro Educativo no dispone de personal sanitario, ni de personal no sanitario con formación. Quien dispone de esa formación diabetológica es la madre y, es ella la que sigue prestando esos cuidados directos, continuos y permanentes que requiere la DIRECCION000 de la niña.

Insiste en que en ningún punto se exige que el paciente no pueda estar escolarizado para conceder el permiso al progenitor que lo solicite. Ir al colegio no supone que haya una mejora en el estado de salud de Estela, su enfermedad es incurable y vitalicia. Sus padres pretenden que la niña tenga una vida lo más normal posible y que no se vea impedido por su enfermedad. Y se penaliza a la madre por ello.

Quinto. Normas legales y reglamentarias a interpretar.

i) Art. 49 e) Ley 7/2007, de 12 de abril Estatuto Básico del empleado Público . (análogo al precepto del Real Decreto Ley 5/2015)

«e) Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso

contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.»

ii) Art. 2.1. RD 1148/2011, de 29 de julio

«Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave».

Sexto. *Acuerdo y recomendaciones en el Ámbito de la administración del Estado invocadas por la demandante en instancia.*

La demandante con su demanda acompaña significativa documentación. Así:

1. Acuerdo de la Comisión del empleo público sobre la aplicación del permiso previsto en el art. 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave de fecha 8 de mayo de 2013.

«Que en la aplicación del artículo 49 letra e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se admita la posibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar "como ingreso hospitalario de larga duración" la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente.

Que en el desarrollo reglamentario de la previsión contenida en el citado artículo 49 letra e), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se concreten los supuestos en los que es aplicable, los criterios para la valoración de los documentos que se aporten, los porcentajes de reducción de jornada retribuida que deban concederse por encima del mínima legal del 50% y los supuestos en los que la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio pueden considerarse continuación del ingreso hospitalario de larga duración al requerir cuidados directos, continuos y permanentes.»

2. Comunicación dirigida al letrado de la recurrente contestando a un escrito dirigido a la DG de Función Pública de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas en que la directora de la división de consultoría de asesoramiento y asistencia en recurso humanos dice:

«La Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal, en su reunión de fecha 20 de marzo de 2013, adopto un Acuerdo con objeto de coordinar los criterios de aplicación del permiso previsto en el artículo 49. e) de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, conforme a la Recomendación dada por el Defensor del Pueblo a dicho asunto.

Sin perjuicio de que los Acuerdos de la Comisión Superior de Personal establecen criterios unitarios de actuación en materia de política de personal al servicio de la Administración General del Estado, la Comisión de Coordinación del Empleo Público para el conjunto de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, adopto un Acuerdo de interpretación del artículo 49.e) del EBEP en términos similares al adoptado en la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal.»

3. Circular (lo que denomina oficio) dirigida por la Secretaria de Estado de la Seguridad social, DG de ordenación de la seguridad social el 4 de julio de 2014 a los Señores Presidentes de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social sobre la interpretación del art. 2.1 del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la seguridad social de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave:

[...]

[...]

«Abundando en lo antes señalado, tampoco interrumpe o menoscaba la necesidad de la asistencia personal, continua y permanente del menor el hecho de que el mismo pueda acudir a algún centro, pues dicha asistencia podría ser incluso una medida terapéutica, siempre que la misma no ponga de manifiesto la mejoría del estado patológico en términos que constituya la causa de extinción del derecho antes mencionada, regulada en el artículo 7.3 b) del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, y se acredite mediante el informe del facultativo del Servicio Público de Salud responsable de la asistencia sanitaria del menor. Por tanto, hasta que se emita este informe las Mutuas no podrán extinguir el derecho.»

Séptimo. La posición de la Sala.

Ninguna duda existe acerca de que no resulta invocable la prestación económica del art. 6 del RD 1148/2011, de 29 de julio para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad social de la prestación económica por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave que desarrolla el art.135 quáter del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Es el EBEP, art. 49 e) el que establece el permiso retribuido en el ámbito de la función pública.

Mas ello no es óbice a que pueda ser tomado en consideración el art. 2.1 del RD 1148/2011, de 29 de julio ya que su contenido no regula la prestación sino la situación protegida que es la aquí cuestionada.

De la prueba documental aportada por la demandante en instancia se colige que la Comisión del Empleo Público (Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas, Dirección General de la Función Pública del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) tras recomendación del Defensor del Pueblo de 14 de enero de 2013 examinó la aplicación del permiso previsto en el art. 49, letra e) del EBEP. Es decir, el permiso relativo al cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave en sesión de 8 de mayo de 2013 - es decir una vez dictado el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio-. Se acordó que en el desarrollo reglamentario del EBEP se concretasen los supuestos en los que es aplicable, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente además de otras cuestiones como los criterios para la valoración de los documentos que se aporten.

No ha habido tal desarrollo reglamentario. Ni estatal que había sido Recomendado por el Defensor del Pueblo en 2013, ni, en el caso de autos, autonómico, aunque el art. 107 n) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo del Empleo Público de Castilla La Mancha contiene la siguiente previsión al igual que el 49 e), letra e) EBEP: "Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas."

Sin embargo, entendemos que el redactado del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, art. 2.1. y su extenso Anexo si sirve de orientación interpretativa a efectos de comprender cuál es la situación protegida ante la omisión reglamentaria en el ámbito de la Función Pública, fuere la estatal, fuere la autonómica.

No olvidemos que la Comisión del Empleo Público ya interesó en 8 de mayo de 2013 la necesaria concreción reglamentaria de los supuestos del art. 49 e) EBEP y su omisión no puede conducir a una interpretación literal cuando la laguna puede ser cubierta mediante otra norma con un fin similar.

Es notorio que los centros docentes públicos españoles suelen carecen de personal sanitario para atender necesidades sanitarias de carácter permanente o que requieran una atención sanitaria continuada en el tiempo. Sin perjuicio de que pueda haber excepciones como la enjuiciada por esta Sala y Sección en su reciente STS de 21 de febrero de 2019, casación 1814/2016.

Por ello la interpretación de la Sala de Castilla La Mancha acudiendo al Anexo del RD 1148/2011 para entender que la DIRECCION000 es una enfermedad grave que precisa atención continuada y permanente engarzada con la valoración de los informes médicos considerados en la sentencia de instancia resulta razonable. No es óbice la escolarización de la menor cuando se acredita la imposibilidad de ser atendida en el centro escolar público por personal sanitario, inexistente, o incluso el docente que, como en el caso de autos, ni están preparados ni quieren hacerlo, ni menos aún tienen obligación al crecer de formación sanitaria.

Octavo. *La respuesta a la cuestión sometida a interés casacional.*

La Sala entiende que el art. 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero si es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado.

Noveno. *Las costas procesales.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia de 27 de septiembre de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de apelación 258/2016.

2º Se fija como doctrina la refleja en el penúltimo fundamento de derecho.

3º En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.