

El TS reconoce a un funcionario de la Comunidad de Madrid la reducción de jornada para cuidado de su hija menor aquejada de enfermedad grave, aunque no necesite hospitalización y se encuentre escolarizada

Se casa la sentencia recurrida que confirmó la denegación por la Comunidad de Madrid de la solicitud del recurrente de reducción de jornada laboral en un 50% de tiempo, con mantenimiento de las retribuciones para atender al cuidado de su hija menor aquejada de grave enfermedad.

La denegación se basó en no haberse acreditado la necesidad de requerir atención directa, continua y permanente equiparable a la que precisaría la menor de estar hospitalizada, requisito contemplado en el art. 49 e) del EBEP de 2007. La Sala, en aplicación de la doctrina establecida en una reciente sentencia, declara que el art. 49 e) es de aplicación en aquellos supuestos en los que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado. Este es el caso de la hija del recurrente que tiene reconocida una minusvalía del 68%, con el grado III nivel 1 de la Ley de Dependencia.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Fecha: 20/10/2022

Nº de Recurso: 3974/2020

Nº de Resolución: 1335/2022

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

Ponente: CELSA PICO LORENZO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-3974/2020, interpuesto por don Marino representado por la procuradora doña María Teresa Fernández Tejedor, bajo la dirección letrada de doña Ana Aparicio Martínez-Salmeán, contra la sentencia 88/2020, de 3 de febrero de 2020, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso de apelación n.º 1272/2019 interpuesto contra sentencia de 25 de julio de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Madrid recaída en el procedimiento abreviado n.º 529/2018.

Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación número 1272/2019, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 3 de febrero de 2020, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el Recurso de Apelación número 1272/2019, interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 25 de julio de 2019, dictada en el procedimiento nº 529/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5, que se revoca; desestimando el recurso interpuesto por don Marino contra la resolución de 14 de septiembre de 2018, del Viceconsejero de Organización Educativa, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el mismo contra la resolución de 16 de abril de 2018, de la Dirección General de Recursos Humanos, que desestimó la solicitud efectuada por el recurrente para que se le redujera la jornada en un 50% del tiempo, con mantenimiento de las retribuciones, para proceder al cuidado de su hija menor, aquejada de una grave enfermedad, que se declara conforme a derecho.

Todo ello, sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don Marino recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante auto de 13 de julio de 2020 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 3 de marzo de 2022, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Marino contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 3 de febrero de 2020, dictada en el recurso de apelación núm. 1272/2019.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

(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 normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 49.e) EBEP, así como 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 11 de marzo de 2022, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de don Marino por escrito de 25 de abril de 2022, en el que, tras exponer los

motivos de impugnación que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia revocatoria de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Por providencia de 29 de abril de 2022, se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, se opusiera al recurso, lo que efectuó el Letrado de la Comunidad de Madrid en escrito de 29 de junio de 2022, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

"se acuerde que no ha lugar a dicho recurso, y confirmando, en consecuencia, la Sentencia impugnada, que confirmaba la legalidad de la resolución administrativa objeto del presente procedimiento."

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por providencia de 18 de julio de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el día 11 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excm. Sra. D^ª. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.

La representación procesal de don Marino interpone recurso de casación contra la sentencia estimatoria de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de febrero de 2020, dictada en el recurso de apelación n.º 1272/2019, deducido por la Comunidad de Madrid contra la sentencia estimatoria n.º 251/2019, de 25 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Madrid, recaída en el recurso contencioso administrativo 529/2018 deducido por aquel contra la resolución de 14 de septiembre de 2018, del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 16 de abril de 2018, de la Dirección General de Recursos Humanos, que, a su vez, desestimó la solicitud de reducción de la jornada laboral un 50% de tiempo con mantenimiento de las retribuciones para atender al cuidado de su hija menor aquejada de grave enfermedad. La denegación tuvo lugar por no acreditar 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

La sentencia dictada en apelación (completa en Cendoj Roj: STSJ M 2802/2020 - ECLI:ES:TSJM 2020:2802) indica en su fundamento PRIMERO los hechos reflejados en la del Juzgado. La hija del solicitante se encuentra aquejada de una enfermedad grave. La madre de la menor disfruta de un permiso de las mismas características al ahora denegado durante el curso escolar 2014-2015. Tanto el recurrente como su mujer son funcionarios del Cuerpo de Profesores de Secundaria de la Comunidad Madrid.

En el SEGUNDO indica la posición de la Administración que invoca la pendencia del recurso de casación admitido por auto de 11 de julio de 2018 sobre un supuesto similar.

En el TERCERO consigna los argumentos de la parte apelada que insiste en la naturaleza de enfermedad grave, DIRECCION000 , con DIRECCION001 y DIRECCION002 , con un grado de discapacidad reconocida del 69%, con baremo de movilidad positivo de dificultad, calificándose como una enfermedad extremadamente grave. También indica la parte apelada que la enfermedad de su hija requiere cuidados diferentes a los del asunto invocado por la Administración.

En el CUARTO analiza el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Luego en el QUINTO y SEXTO declara:

"QUINTO.- Por tanto, no solo el permiso se prevé "para el cuidado" del menor, sino que, además, está condicionado a que el cuidado que necesita el menor se permanente directo y continuo.

En este caso, las necesidades de cuidado de la menor están objetivizadas, la administración no las cuestiona. Pero lo cierto es que durante su escolarización, esas necesidades de cuidado están cubiertas.

En torno a si el cuidado que necesita debe ser o no directo, destacaba el solicitante el informe emitido por el centro que hace hincapié en que sólo podría delegarse en adultos de su confianza.

Pero no se trata de si el cuidado de la menor puede o no ser delegado en abstracto. Porque, de hecho, durante el tiempo en que permanece en el centro, el cuidado de la menor está delegado. Pues bien, la coincidencia entre la jornada trabajo del recurrente y de su esposa (9 o 10 a 3:15), y el tiempo de escolarización de la menor (de 10 a 16:30 horas), excluye que la reducción de la jornada se solicite, o vaya a ser empleada en el cuidado de la menor.

Las necesidades generales de la familia o de los progenitores, por muy perentorias que puedan considerarse, no justifican la reducción de jornada que se interesa; ni la necesidad de asistencia de los padres a sesiones de formación e información a que se hace referencia, (teniendo en cuenta que la menor fue diagnosticada desde su nacimiento); ni la necesidad de los padres de preparar y presentarse a oposiciones cada dos años para mejorar y mantener el puesto de trabajo, hasta ahora de carácter interino; algo claramente ajeno al cuidado de la menor.

Tampoco puede obtenerse esta reducción de jornada con el fundamento de que el DIRECCION000 , con DIRECCION001 y discapacidad intelectual, tenga un elevado riesgo de requerir hospitalización por patología aguda derivada de las manifestaciones del trastorno. Las hospitalizaciones a que pueda dar lugar permitirán a los padres solicitar los permisos regulados al efecto, pero no con carácter general justificar la reducción de la jornada. Tampoco las revisiones o pruebas de seguimiento que precisa la enfermedad pueden considerarse parte del cuidado "continuo y permanente" a que se refiere la norma, ni se ha puesto de manifiesto la frecuencia de esas revisiones. Pudiendo utilizarse para ello permisos puntuales por parte del progenitor.

SEXTO.- En definitiva, la sustancial coincidencia entre el horario escolar y la jornada de trabajo de los padres, implica considerar que la reducción de la jornada no es "para el cuidado" de la menor, sin perjuicio de que lo necesite, porque en ese tiempo, su cuidado está delegado en el centro. Por lo que esta Sección entiende que no queda acreditado el supuesto legal, que permite obtener ese beneficio.

Procede en consecuencia estimar el recurso de apelación, con revocación de la sentencia recurrida, y desestimar el recurso interpuesto contra el acto administrativo que venía impugnado en primera instancia, que se considera conforme a derecho."

SEGUNDO.- El auto de interés casacional de 3 de marzo de 2022 .

Hace mención a que una sola sentencia, la de 3 de junio de 2020, recurso de casación 78/2018 no forma jurisprudencia, por lo que precisa que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

"(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 normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril Estatuto Básico del Empleado Público, así como 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 don Marino .

Aduce vulneración del artículo 49. e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril Estatuto Básico del Empleado Público.

Expone las circunstancias de la menor, DIRECCION000 , con DIRECCION001 y DIRECCION002 , con un grado de discapacidad reconocida del 69%, con baremo de movilidad positivo de dificultad, calificándose como una enfermedad extremadamente grave

También reproduce párrafos de la STS de 3 de junio de 2020, dictada en el recurso de casación 78/2018, y de su doctrina cuando indica que:

"[l]a 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".

Recalcan que su situación físico-psíquica es muy delicada, como se demuestra en el informe de evaluación psicológica emitido por el centro escolar especial al que acude la menor, de octubre de 2018 aportado a los autos.

También el informe de 24 de octubre de 2018 del Servicio de Psiquiatría del HOSPITAL000 recoge la necesidad de una atención continua y permanente de sus progenitores para la realización de todas las actividades de la vida diaria "junto con el apoyo" del equipo psicopedagógico especializado del Centro Escolar:

" Su capacidad de autonomía está gravemente limitada requiriendo apoyo, supervisión y cuidado directo,

continuo y permanente por figuras parentales para la realización de todas las actividades de la vida diaria junto con apoyo psicopedagógico especializado en el centro escolar".

Es decir, el hecho de que la menor esté escolarizada en un centro escolar, en el que existan terapeutas y profesionales especializados no dispensa de la atención permanente y la colaboración de los padres con aquellos; teniendo que acudir los padres, en muchas ocasiones no solo a sesiones de formación e información impartidas por aquellos profesionales, sino también a auxiliarles durante el horario escolar, como a recoger a la menor del centro ante el menor inconveniente. A las dificultades añadidas durante la estancia de la menor en el centro escolar se suma el hecho de que no existe una ruta de autobús para llevar a la menor al centro escolar especial; de tal forma que, diariamente, el desplazamiento hacia y desde el centro debe ser realizado por los propios progenitores (lo que no siempre es compatible con la jornada laboral de aquellos).

CUARTO.- La oposición de la Comunidad de Madrid.

Centrado el debate, la cuestión que realmente se plantea es si el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor.

No ignora que la sentencia de 3 de junio de 2020 ha expresado la posición de esta Sala, en los siguientes términos:

"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. "

Es decir, la escolarización no es óbice para la concesión del permiso, pero siempre que resulte necesario un cuidado directo, continuo y permanente.

La utilización por legislador de tres adjetivos para caracterizar las condiciones del cuidado que apuntan a la misma necesidad es revelador de la intención de restringir estos permisos a los casos en los que realmente se debe desplegar una atención muy intensa y cercana.

Insiste en que los hechos constatados en el procedimiento por la Sala de Madrid son inalterables. En ese sentido remite al último fundamento que refleja que las necesidades de cuidado están cubiertas durante la escolarización y no se ha acreditado la frecuencia de las revisiones o pruebas de seguimiento que precisa la enfermedad.

Defiende que lo que ocurre es que en este caso no se ha acreditado que se requiera un cuidado continuo, directo y permanente. Partiendo de que, lamentablemente, la menor de los recurrentes padece DIRECCION000

, con DIRECCION001 y DIRECCION002 , con un grado de discapacidad reconocida del 69%, con baremo de movilidad positivo (C) de dificultad, lo cierto es que la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente no queda acreditada:

- Hay una coincidencia entre la jornada de trabajo y el horario de escolarización.
- Durante la escolarización, las necesidades están cubiertas y el cuidado se encuentra delegado (lo que excluye el requisito de cuidado directo).
- Las situaciones que se ponen de manifiesto no se subsumen en un cuidado continuo y directo, pues no es tal la asistencia a sesiones de formación, las revisiones y pruebas de seguimiento, y mucho menos, la preparación de oposiciones.
- Y acierta también la sentencia cuando señala que una eventual hospitalización deberá dar lugar a los permisos específicos ante tal situación.

Reputa notorio en este sentido la ausencia de acreditación de los requisitos de la norma, pues los recurrentes deberían haber dejado constancia de una necesidad de acudir al centro escolar de forma presencial y totalmente continuada para atender a la menor.

QUINTO.- La doctrina de esta Sala en la sentencia de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018).

En sus fundamentos jurídicos Quinto y Sexto:

"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 aquella, 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 Secretaría 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."

SEXO.- Aspectos esenciales para resolver el recurso.

En la STS de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018), se dijo en su FJ SÉPTIMO:

"De la prueba documental aportada por la demandante en instancia se colige que la Comisión del Empleo Público (Secretaria 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 carecer 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."

No consta previsión en la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. Sí tiene conocimiento esta Sala (dada su publicación en el BOCM de 12 de mayo de 2021) del acuerdo de 28 de abril de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba expresa y formalmente el acuerdo de 21 de abril de 2021, de la Mesa Sectorial del Personal Funcionario de Administración y Servicios, sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de Administración y Servicios de la Comunidad de Madrid (2021-2024).

Y cuyo artículo 58.5 dice:

"5. El personal funcionario que tenga a su cargo un hijo al que se le haya reconocido legalmente un grado II o III de dependencia, tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo de hasta un veinte por ciento, para facilitar su atención.

La distribución de la reducción de jornada se realizará de mutuo acuerdo, preferentemente en la parte de horario flexible, cuando lo haya. También podrá disfrutarse mediante su acumulación en días completos."

Cuyo ámbito de aplicación viene recogido en el artículo 1:

"1. El presente acuerdo será de aplicación al personal funcionario de administración y servicios de la Administración General de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y resto de entes a los que hace referencia el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, siempre que según su ley de creación les resulte aplicable dicha normativa.

2. También resultará aplicable a: a) El personal funcionario de cuerpos docentes que se encuentre desempeñando puestos de trabajo de la relación de puestos de trabajo en la Administración Educativa al amparo de lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública."

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Madrid en su fundamento tercero plasmó:

Es evidente que la menor sufre una enfermedad muy grave, para la que, desgraciadamente, actualmente no hay cura. A consecuencia de ella ha obtenido el Grado III, nivel I de la Ley de Dependencia, y tiene reconocido un grado de discapacidad del 68%.

Su situación físico-psíquica es muy delicada, como se demuestra en el informe de evaluación psicológica emitido por el centro escolar especial al que acude la menor, de octubre de 2018:

" Resultados de pruebas estandarizadas:

Presenta un Grado total de Minusvalía del 68%, con movilidad reducida.

En el Inventario de espectro autista (IDEA), instrumento que evalúa la intensidad del autismo, obtiene una puntuación total de 50 (Puntuación techo: 96), mostrando un claro cuadro de autismo.

Presenta Discapacidad intelectual de gravedad no especificada debido a la falta de comprensión y colaboración en la aplicación de test estandarizados.

El rendimiento global de Genoveva en la prueba ICAP (Inventario de habilidades adaptativas) indica que sus destrezas adaptativas son propias de personas con 5 años de edad. Esto, unido a sus dificultades conductuales, conforma un resultado de: necesidad de atención intensa y/o supervisión constante.

Consideraciones generales:

En cuanto sus dificultades cognitivas: Genoveva tiene un grave déficit atencional, limitaciones en la comunicación (expresión y comprensión muy por debajo de su edad cronológica) y soliloquios frecuentes que le aislan del entorno y limitan gravemente su aprendizaje.

Tiene un carácter impulsivo y muy baja tolerancia a la frustración. Cuando se enfada, sus conductas son desproporcionadas: grita, patalea, rompe objetos y puede llegar a autolesionarse.

Igualmente también requiere ayuda del adulto para iniciar y guiar sus movimientos en las siguientes áreas:

- Alimentación: no sabe servirse cantidades adecuadas y saludables, no detecta alimentos en mal estado, no es capaz de elaborar una receta sencilla, no hace uso de cuchillos...
- Aseo personal y vestido: necesita supervisión frecuente ya que no reconoce qué prendas debe ponerse en función del tiempo o la ocasión. No diferencia el derecho del revés o si una prenda está manchada.
- Mantenimiento de la salud: Carece de habilidades de autocuidado. No expresa dolencias físicas. No reconoce peligros (sustancias tóxicas, uso de herramientas, riesgo de atropello...). Carece de habilidades de autodefensa y, por sus dificultades sociocomunicativas, es una menor vulnerable a sufrir abusos.
- Desplazarse por la comunidad: No puede caminar sola ni hacer uso de medios de transporte públicos. No es consciente de los riesgos y/o peligros, se puede perder fácilmente.

Es sabido que toda enfermedad o trastorno grave provoca un impacto importante en la familia. Hoy sabemos que las repercusiones del autismo en los familiares directos son mayores a los de las familias con hijos con discapacidad intelectual, sin autismo.

El impacto en las familias se caracteriza, sobre todo, por la presencia de estrés y fatiga por el cuidado permanente y, de por vida, del menor.

Desde el año 2016 Genoveva acude al centro educativo PAUTA. Centro de educación especial específico para personas con autismo con altas necesidades de apoyo.

Las familias de menores con DIRECCION000 necesitan además, formación especializada (sistemas alternativos de comunicación, pautas para tratar los problemas de conducta...) además de una estrecha coordinación y comunicación con los profesionales multidisciplinares del colegio.

Por estos motivos ambos progenitores acuden a sesiones de formación y a reuniones periódicas con los profesionales educativos en horario escolar. Además, se programan días de puertas abiertas en los que las familias acuden al centro a aprender rutinas educativas que favorecen la dinámica familiar en el hogar.

Este centro -con horario entre las 10:00 y 16:30- no dispone de ruta por lo que la familia debe traer y recoger a Genoveva a diario.

Desde el centro educativo al que acude tratamos de dar respuesta a sus necesidades especiales a través de actividades funcionales y atención individualizada promoviendo así el máximo grado de calidad de vida y bienestar de Genoveva y de su familia.

Conociendo a Genoveva y la complejidad de su cuadro, indicamos que requiere la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte de adultos de referencia para ella".

Y reproduce la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2013:

"TERCERO.- - Es evidente, por otro lado, que la asistencia del menor al centro especial indicado no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al cuidado continuo en domicilio que requiere el menor, de forma que, si no existiera esa posibilidad, no sería suficiente a los progenitores una reducción de jornada, sino que al menos uno de ellos debería abandonar su relación laboral, que es precisamente lo que pretende evitar la prestación litigiosa" (el subrayado es del Juzgado).

Como quiera que la situación no evolucionará ostensiblemente durante los años venideros; el presente derecho se podrá mantener, por el recurrente o su esposa (no simultáneamente) hasta la mayoría de edad de aquella."

SÉPTIMO.- La posición de la Sala conduce a la estimación del recurso de apelación.

Tiene razón la Administración cuando afirma que no procede la revisión de la valoración de la prueba realizada por la Sala. Sin embargo, ello no puede entenderse en el sentido de que los hechos incontestados declarados por el Juzgado de instancia no puedan ser tomados en consideración máxime cuando no hubo prueba practicada en apelación que alterase los hechos declarados probados en la instancia de los que resulta patente el alto grado de minusvalía de la menor con un reconocimiento de una discapacidad del 68%, con el grado III nivel 1 de la Ley de Dependencia, respecto del cual nada dijo la Administración al oponerse al recurso el 29 de junio de 2022, respecto a la posible aplicación del acuerdo de 28 de abril de 2021.

Entiende la Sala que el juez de lo contencioso-administrativo en la instancia entendió de forma adecuada la interpretación que debe darse a los preceptos controvertidos por lo que se debe anular la sentencia dictada por la Sala, desestimar el recurso de apelación de la Comunidad de Madrid y confirmar el fallo de la sentencia del Juzgado.

OCTAVO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.

La respuesta debe ser la misma ya declarada en la sentencia de 3 de junio de 2020, recurso de casación n.º 78/2018, en el sentido que la Sala entiende que el artículo 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público 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.

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.

Respecto a las de apelación se mantiene la no imposición.

FALLO

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Marino contra la sentencia de 3 de febrero de 2020, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación n.º 1272/2019, sentencia que se anula.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de apelación n.º 1272/2019, interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 25 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Madrid en el procedimiento abreviado n.º 529/2018, sentencia que se confirma.

TERCERO.- Fijar como doctrina casacional la reflejada en el penúltimo fundamento de Derecho

CUARTO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.