

Derecho de una funcionaria a reducir su jornada al 50% con retribución íntegra por cuidado de hija menor afectada de enfermedad grave que no requiere hospitalización.

STS-CONT núm. 641/2020, de 3 de junio

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: *La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, objeto de comentario rechaza el recurso de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2017 que reconoce el derecho a una madre funcionaria a reducir su jornada laboral al 50%, manteniendo su retribución íntegra para cuidar de su hija menor con diabetes Mellitus tipo 1, considerada como enfermedad grave que no requiere hospitalización, que precisa atención continuada y permanente, aunque su hija se encuentre escolarizada.*

Palabras clave: *Funcionaria, reducción jornada, cuidado de hijo menor, enfermedad grave.*

Abstract: *The sentence of the supreme contentious-administrative court object of comment rejects the appeal filed by the Community Board of Castilla-La Mancha against the judgment of the higher court of justice of Castilla-La Mancha of September 27, 2017 that recognizes the right to a civil servant woman to reduce her working day to 50%, maintaining her full remuneration to care for a minor girl with type 1 diabetes Mellitus, considered a serious illness that does not require hospitalization, which requires continuous and permanent care, although her daughter is in school.*

Keywords: *Public employee, Workday reduction, child care, serious illness.*

I. Introducción

La representación letrada de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha interpuso recurso de casación contra la STSJ Castilla-La Mancha (c-a) de 27 de septiembre de 2017 (rec. núm. 258/2016) que estimó 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 señalaba que en el caso concreto no ha quedado acreditado que el cuidado que presta la madre funcionaria demandante sea directo, continuo, permanente y en el domicilio, por la circunstancia de la escolarización. Con carácter previo 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 la Resolución igualmente 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: diabetes Mellitus tipo 1. Dicha denegación se determinó 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) del RDL 5/2015, 30 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) 2015 y en el artículo 107. n) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

El Auto del TS de 11 de junio de 2018 precisa que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre tres argumentaciones jurídicas de extraordinario valor: a) 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. b) si el artículo 49.e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor; Y, c) si, entendiéndose que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización de la menor^[1].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 641/2020, de 3 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 78/2018.

ECLI: ES:TS:2020:1318.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

La solicitante es funcionaria de la JCCM y su hija se encuentra aquejada de Diabetes Mellitus tipo 1. La menor 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 los servicios sanitarios.

Atendiendo al informe médico, tal situación provoca en la madre una 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. Dicho control sanitario no lo presta el personal del Colegio. A mayor abundamiento, es la madre la que acude dos veces por la mañana al Colegio para hacer las mediciones en sangre; al no estar hospitalizada tal actividad no la realiza personal sanitario; la única persona que puede, quiere y al tiempo está formada para ello es quien pide la reducción de la jornada manteniendo su retribución íntegra para cuidar a su hija menor con esta enfermedad grave y que no requiere hospitalización siendo como hemos señalado que es funcionaria de la administración de la Junta de Castilla-La Mancha quien le deniega su solicitud por entender que en los hechos descritos no concurre el requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente.

2. Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha (c-a)

La Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha (c-a) de 27 de septiembre de 2017 (rec. 258/2016) revoca la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo núm. 1 de 18 de abril de 2016, al entender que la enfermedad de la menor

afectada de "Diabetes Mellitus Tipo 1", constituye una enfermedad grave de las incluidas en el Anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio. Las Instrucciones emitidas por la Dirección General de la Seguridad Social sobre los requisitos exigidos por el RD 1148/2011, citado, que son los mismos que los previstos en el artículo 49 e) del EBEP y artículo 107 de la ley 4/2011 de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla La Mancha, al señalar 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). La escolarización nada tiene que ver en el caso analizado, pues únicamente revela la intención de la mejor integración posible, y no pone de manifiesto mejora en su enfermedad de la que se derivase la no necesidad de los cuidados requeridos, ni tampoco la no necesidad de que la madre preste dichos cuidados, esté donde esté la niña. Es importante la apreciación de esta Sala al señalar "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", sin embargo, en el caso planteado, la única persona que puede, quiere y al tiempo está formada para ello es quien pide la reducción de la jornada, funcionaria.

IV. Posición de las partes

1. Por la representación letrada de la Consejería de Fomento de la JCCM

Entiende vulnerados el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, (TREBEP 2015) 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.

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 la madre en este caso debe prestar a su hija como consecuencia de la enfermedad. Insiste que se vulneran las normas citadas, pues no existe ni hospitalización ni el tratamiento continuado, ni siquiera cuidado en el domicilio de la menor, constando que la niña está escolarizada y si bien necesita controles de azúcar en sangre en horario escolar, ello no supone el cumplimiento de las exigencias legales como el cuidado continuo y permanente.

2. Por la representación letrada de la madre (funcionaria)

Impugna que la interpretación restrictiva del art. 49.e) EBEP que propone la Consejería de Fomento conduce a resultados contradictorios para la garantía de la conciliación de la vida personal y familiar y de protección de la menor. El hecho de que no se aplique el 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 al personal funcionariado, la falta de desarrollo reglamentario del art. 49.e) EBEP y la tendencia de la Administración a aplicarlo literalmente, coloca a la madre funcionaria 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.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS fundamenta la resolución de la importante cuestión jurídica de fondo planteada sobre la interpretación de las siguientes normas sustantivas, por lo que han sido de aplicación las siguientes normas y preceptos:

Art. 49.e) RD-Ley 5/2015, 30 de septiembre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del empleado Público

“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”.

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.

“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”.

Art. 107 n) de la Ley 4/2011, 10 de marzo de Empleo Publico de Castilla-La Mancha que recoge “Otros permisos del personal funcionario”

n) “Para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad, por naturaleza o adopción, o en los supuestos de acogimiento preadoptivo o permanente de menor, afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y 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 y, como máximo hasta el menor cumpla los dieciocho años, el personal funcionario tiene derecho a solicitar una reducción de jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas”.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica contenida en la STS objeto de comentario se ajusta a la correcta e innovadora aplicación de los preceptos señalados e interpretables cuando quien lo solicita reúne la condición de personal funcionariado ante el supuesto de cuidar de un menor afectado de enfermedad grave cuando no requiere hospitalización. El origen de

esta prestación se encuentra en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de PGE (2011), cuya DF 23ª añadió la letra e) al art. 49 de la entonces vigente Ley 7/2007, de 12 de abril EBEP, en la actualidad la normativa reguladora es la contenida en el art. 49.e) EBEP aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio del desarrollo reglamentario llevado a cabo en algunas CCAA^[2], pero no en Castilla-La Mancha. Este permiso es aplicable al personal funcionario y estatutario porque al tratarse de personal laboral al servicio de las AAPP, también podría disfrutarse este derecho, si bien en los términos específicos del art. 37.6 ET. De forma que, la regulación contenida en el EBEP hace referencia a un permiso, pero en realidad se trata de una reducción de jornada, ya que la persona beneficiaria ha de continuar prestando servicios aunque sea por un tiempo mínimo, sin perjuicio de que reglamentariamente puedan establecerse las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada puede acumularse en jornadas completas. mientras que para el personal laboral, aunque preste servicios en una AAPP, será de aplicación lo establecido al respecto en el ET.

Correctamente se identifica la interpretación del art. 49.e) EBEP, 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 el art. 107.n) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo de Empleo Público de Castilla-La Mancha.

VII. Parte dispositiva

En consecuencia la Sala Tercera del TS acuerda desestimar 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. Fija como doctrina 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. Y finalmente en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (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.

VIII. Pasajes decisivos

Fdo Jco 4º "... 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)".

Fdo J. 6º "... 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".

Fdo Jco 7º “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”.

IX. Comentario

En primer lugar, el EBEP diferencia entre los permisos de los funcionarios públicos, en general (art. 48), y los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otros (art. 49), si bien en el primero de los artículos citados se regulan algunos permisos que también tienen relación más o menos directa con la conciliación y corresponsabilidad. Tras la modificación del art. 48 del anterior EBEP de 2007, llevada a cabo por el art. 8 RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, se ha venido a reconocer que la regulación de los permisos del personal funcionario a que hace referencia el citado artículo, es competencia exclusiva del Estado, sin que las normas autonómicas o convencionales puedan modificar el régimen de estos permisos ampliando los supuestos que permitan la inasistencia al trabajo o incrementando la duración de los mismos^[3], porque el art. 48 EBEP es una norma de carácter imperativo. Lo anterior no significa que la legislación estatal agote el contenido de los permisos, hasta el punto de no permitir a las CCAA el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en la materia, ya que como ha señalado la STC 156/2015, de 9 de julio, corresponde al Estado determinar los concretos y precisos supuestos que permiten al personal funcionario ser beneficiario de la concesión de un permiso, logrando así una mínima y fundamental homogeneidad en un aspecto sustancial del régimen funcional, de forma que la duración de tales permisos entra dentro de lo básico y corresponde al Estado su fijación; sin que ello impida a las CCAA el margen de actuación necesario para su desarrollo y ejecución, permitiendo la fijación de la forma y manera de su utilización^[4].

No se aplica el mismo criterio respecto de los permisos de conciliación del art. 49 EBEP en cuyo apartado, este precepto es una norma de derecho necesario relativo por su carácter de “condiciones mínimas”, mejorables, por tanto, por leyes de desarrollo estatal o autonómicas y por normas reglamentarias o por negociación colectiva. La Sala consciente de la falta de desarrollo reglamentario estatal y autonómico en Castilla-La Mancha^[5] del art. 49 e) EBEP acoge una interpretación inclusiva cuando quien solicita este derecho reúne la condición de funcionaria. El argumento jurídico no ahorra en calificar la situación de injusta en relación con la naturaleza jurídica laboral o funcional de los solicitantes, pues no pueda resultar diferente el cuidado de los menores que padezcan una enfermedad grave como en el presente caso, diabetes mellitus tipo 1. Bastaría tener la condición de personal laboral de la Administración (art. 51 EBEP) para poder acceder a la prestación de la seguridad social prevista en el art. 190 TRLGSS por lo que tener la condición de funcionario no puede ser excluyente del derecho a un permiso retribuido (no prestación económica de seguridad social) por las mismas causas. Esta es la doctrina básica de la STS comentada que subraya lógicamente la no aplicación de la prestación económica de Seguridad Social contenida en el RD 1148/2011 por su condición de funcionaria, aplicando el art. 49.e) EBEP subsumido con la situación protegida definida en el art. 2.1 RD1148/2011. Esta argumentación jurídica del art. 49.e) EBEP y la enfermedad de la menor tipificada en el anexo RD 1148/2011 “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”.

En segundo lugar, la STS es inequívoca en su importante fundamento jurídico, al señalar que 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 a la funcionaria en una situación de

desigualdad ante la que, la JCCLM no ha dado justificación objetiva, razonable y proporcionada en relación con el fin que se pretende alcanzar. La magistrada ponente califica de 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 la menor (5 años) vaya a tener a lo largo de la enfermedad grave. A mayor abundamiento, se penaliza además a quienes para prestar esos cuidados han de solicitar un permiso no retribuido, como es este caso. Desigualdad injustificada donde en una misma AAPP el RD 1148/2011 si se aplica al personal laboral (ex art. 51 EBEP) y para los mismos supuestos.

Y en tercer lugar, el criterio de la Dirección General de la Función Pública para la concesión del permiso ha venido partiendo de una interpretación literal y restrictiva del art. 49.e) EBEP, conforme al cual se diferencia dos supuestos para la concesión del permiso: cáncer y enfermedad grave. En este segundo supuesto, el permiso solo se reconocía para el periodo de ingreso hospitalario de larga duración debido a la enfermedad y siempre y cuando el menor precisara de cuidado directo, continuo y permanente, de forma que se venía exigiendo la concurrencia simultánea de ambas circunstancias, el ingreso hospitalario y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, y ello mediante una interpretación literal del art. 49.e) EBPP que cuando se refiere a la enfermedad grave mantiene que “implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente”.

En los supuestos de cáncer el permiso se otorga tanto para el periodo de hospitalización como para el tratamiento continuado con posterioridad al ingreso hospitalario. A nuestro juicio tal diferenciación no resulta posible, así lo entendió la STS comentada y en numerosas recomendaciones del Defensor del Pueblo^[6], en las que se ha mantenido que hasta tanto se proceda al desarrollo reglamentario del art. 49.e) EBEP, se mantengan las pautas ya establecidas para el personal laboral en el RD 1148/2011, de 29 de julio, citado, admitiendo que la reducción de jornada se mantenga también en aquellos supuestos en los que la atención al menor en el domicilio tenga el carácter de directa, continuada y permanente. Igualmente en los supuestos de enfermedad grave es posible la reducción de jornada del personal funcionario aunque el causante de la prestación no esté hospitalizado, y avanzando en esta misma doctrina también se considera que asiste el derecho a la reducción aunque la menor este escolarizada, siempre que siga necesitando cuidado directo, personal y continuo a pesar de la escolarización, habiéndolo entendido así las SSTSJ (c-a) del País Vasco de 23 de octubre de 2017, rec. 784/2016 y Castilla y León (Burgos) de 10 de octubre de 2014, rec. 43/2014. Máxime cuando en este caso la madre debe de asistir al centro escolar para vigilar el azúcar en sangre de su hija de 5 años pues el centro educativo no dispone de personal sanitario, ni de personal no sanitario con formación, solo dispone de la precisa y específica formación diabetológica la madre y, es ella la que realiza los cuidados directos, continuos y permanente de su hija^[7].

Finalmente en relación a la tipificación de la enfermedad de la menor como enfermedad grave que permita la reducción de jornada se han planteado algunas consideraciones al respecto y en este sentido el RD 1148/2011, de 29 de julio que regula la prestación económica para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el sistema de la Seguridad Social, si bien el art. 1.2 del mismo dispone la exclusión al personal funcionario incluido en el ámbito del EBEP, lo que también ha mantenido la Secretaría de Estado para la Función Pública y algún pronunciamiento judicial^[8]. Así pues la certificación sobre la existencia de enfermedad grave habrá de ser emitida en cada caso concreto por el Servicio Público de Salud correspondiente, sin perjuicio del carácter orientador que pueda tener el RD 1148/2011, a cuya norma se remite, por ejemplo, el art. 2.2 del Decreto 47/2016 de 18 de noviembre, por el que se regula el permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave en la Comunidad de La Rioja. En el caso concreto la Sala del TS justifica que la enfermedad de la menor Diabetes Mellitus tipo 1 constituye enfermedad grave y tasada en el Anexo del RD 1148/2011.

X. Apunte final

La STS de 3 de junio de 2020, rec. 78/2018, objeto de comentario es muy importante porque establece doctrina casacional sobre el contenido del artículo 49.e) EBEP en el sentido de que resulta de aplicación dicho artículo en aquellos supuestos en los que no es necesaria la hospitalización del menor, pero sí precisa de un cuidado directo, continuo y permanente, y ello aunque el menor se encuentre escolarizado (en el supuesto enjuiciado la menor padecía de diabetes melitus tipo 1 y se hallaba escolarizada). Compartimos la doctrina jurídica analizada y valoramos la perspectiva de género introducida en la interpretación de la doctrina aplicable por la Magistrada ponente Dña Celsa Pico, que estima injusto que en función de la naturaleza jurídica de la relación, laboral (prestación) o estatutaria (permiso retribuido), en este caso de la madre solicitante, pueda ser diferente el derecho al cuidado directo y continuo que la menor vaya a tener a lo largo de la enfermedad grave Diabetes Mellitus tipo 1. Se penaliza además a quienes para prestar esos cuidados (mayoría mujeres) han de solicitar un permiso no retribuido, como el que la Consejería de Fomento de la JCCM le garantizó en la resolución objeto de todo el proceso judicial que da lugar a la STS que comentamos.

Referencias:

1. ^ Vid. Comentario del profesor Rojo Torrecillas <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/personal-funcionario-derecho-reduccion.html>
2. ^ Andalucía (Decreto 154/2017, de 3 de octubre) o La Rioja (Decreto 47/2016, de 18 de noviembre).
3. ^ STC 156/2015, de 9 de julio "... En esta materia corresponde al Estado... la determinación de los diferentes supuestos por los que pueden ser concedidos permisos o licencias a dicho personal del sector público, cualquiera que sea la Administración a la que pertenezcan...".
4. ^ ROMERO RODENAS MJ, TARANCÓN PÉREZ E., JUSTE SAUCEDO C, COLLADO GARCÍA L., *Permisos y suspensiones por motivos de conciliación y corresponsabilidad*, Bomarzo, Albacete, 2º ed. 2020, pág.180 y ss.
5. ^ Desarrollo reglamentario en Andalucía (Decreto 154/2017, de 3 de octubre) o La Rioja (Decreto 47/2016, de 18 de noviembre).
6. ^ Sin ánimo de exhaustividad vid a título de ejemplo la Recomendación del Defensor del Pueblo de 26 de julio de 2017: "Reexaminar el criterio interpretativo de esa corporación en el sentido de admitir 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".
7. ^ A título de ejemplo, con la misma patología de la menor para un supuesto de hecho de prestación por cuidado de menor afectada por enfermedad grave, TSJ Madrid, sentencia núm. 286/2018 de 2 abril, rec. 1297/2017, desestimación, por incumplimiento de requisitos: menor escolarizada, que padece diabetes mellitus tipo 1, pero que recibe asistencia sanitaria por parte del servicio de enfermería del propio centro educativo, donde se le practican tres controles a lo largo de la mañana; incumplimiento del

requisito legal de la necesidad de una atención directa, continua y permanente familiar, al no estar ingresada en centro hospitalario. TSJ Andalucía/Sevilla, sentencia núm. 2652/2015 de 29 octubre, rec. 375/2015: procede su reconocimiento al estar afectado el menor de diabetes mellitus de tipo I, que exige control de los niveles de glucemia y suministro de insulina a fin de evitar situaciones de riesgo vital por coma, máxime con la corta edad del niño al tiempo de la solicitud (cuatro años) y con la intensidad con que se presenta la dolencia, habiendo necesitado en su día ingreso hospitalario, resultando irrelevante la escolarización del niño.

8. [^] STSJ Murcia (c-a) de 25 de septiembre de 2014, rec. 53/2014.