



**Resolución 2017R-1768-16 del Ararteko, de 14 de septiembre de 2017, por la que se recomienda al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno que reconsidere el tratamiento dado a una solicitud de permiso para el cuidado de una hija menor afectada por una enfermedad grave.**

### Antecedentes

1. Se recibió en esta institución un escrito de queja de una funcionaria docente al servicio del Departamento de Educación. En ella, la interesada daba cuenta a esta institución del largo y controvertido proceso al que se viene enfrentando debido a su interés en que le sea reconocido el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave que se regula en el artículo 49 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), y cuyo último eslabón lo constituía la Resolución de 27 de junio de 2016, de la viceconsejera de Administración y Servicios, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por la interesada contra la anterior resolución del director de Gestión de Personal que le denegó la reducción retribuida de su jornada laboral para el cuidado de su hija menor afectada por una enfermedad grave.

En esta resolución se utilizaban dos argumentos para desestimar la solicitud planteada. Por un lado, se afirmaba que de la documentación presentada no se constataba que se tratase de un caso en el que mediase un ingreso hospitalario de larga duración. Por otro, se afirmaba también que de la documentación presentada no se deducía que fuera la interesada la que se estuviera haciendo cargo del cuidado directo, continuo y permanente de su hija ya que no había disfrutado de reducciones de jornada o permisos desde el año 2013. En cualquier caso, el texto de esta resolución no dejaba claro si el argumento que se consideraba definitivo para rechazar su solicitud era la falta de ingreso hospitalario de la menor o, al margen de ello, la falta de un cuidado directo, continuo y permanente por parte de la madre.

La interesada que promovía la queja mantenía por el contrario el fundamento de la misma apoyándose en una iniciativa parlamentaria (Proposición no de Ley 84/2016) acordada en el marco de la Comisión de Educación celebrada con fecha de 29 de junio de 2016, a través de la cual el Parlamento Vasco había instado al Gobierno Vasco *"al reconocimiento en el ámbito de la Administración pública vasca de la reducción de su jornada laboral, al menos en un 50%, al*



*padre o madre de hijos menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave, admitiendo la posibilidad de considerar como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento o cuidado del menor, tras el diagnóstico correspondiente, 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, todo ello conforme a la recomendaciones formuladas por la Defensora del Pueblo con fundamento en consideraciones de naturaleza humanitaria y jurídica".*

2. El estudio preliminar de esta queja llevó a esta institución a corroborar que, en efecto, la Institución del Defensor del Pueblo, en el Informe presentado a Cortes Generales en 2012 había puesto de manifiesto el problema que planteaba el criterio restrictivo aplicado por muchas administraciones cuando se trata de personal sujeto a las normas estatutarias de función pública en comparación con el tratamiento previsto para el personal regido por el derecho laboral, en la medida en que el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, equipara expresamente al ingreso hospitalario de larga duración, el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por enfermedad graves. El análisis de los casos planteados a modo de queja, hizo que la Institución del Defensor del Pueblo formulase una recomendación con el fin de que se hiciese extensivo igual criterio, aun estando pendiente el desarrollo reglamentario del artículo 49 e) del EBEP, recomendación ésta que recibió una favorable acogida en el marco de la Comisión de Coordinación del Empleado Público, en la que todas las Comunidades Autónomas representadas mostraron su compromiso para cumplir la recomendación formulada en los términos previstos en la misma.

Por otra parte, este estudio hizo que esta institución considerase que los términos de la Instrucción nº 3/2014, de 5 de diciembre, del viceconsejero de Función Pública, sobre condiciones y requisitos para la concesión del permiso regulado en el artículo 49 e) del EBEP y en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, permitían dar por atendida la Proposición no de Ley formulada, ya que el tenor literal del artículo 3 de las Instrucciones admiten expresamente la concesión del permiso si, una vez finalizada la hospitalización (diagnóstico), se acredita que el menor precisa el cuidado directo, continuo y permanente del progenitor.

Por todo ello, este Ararteko entendió en definitiva que la discusión debía centrarse entonces, también en el caso de la interesada que promovía la queja, en confirmar la necesidad de tal cuidado directo, continuo y permanente, circunstancia ésta que, a juicio de esta institución, y en aras de asegurar la siempre necesaria objetividad, debería venir avalada por informes de facultativos

médicos. Lo que no compartía en absoluto era la necesidad de que tal cuidado pudiera hacerse depender del hecho de que el progenitor implicado se hubiera acogido o no con anterioridad al permiso previsto al efecto, máxime cuando la imposibilidad de haberse acogido al mismo había sido consecuencia de una decisión administrativa que en definitiva le había sido impuesta.

Así las cosas, tras este estudio preliminar y una vez acordada formalmente la admisión a trámite de la queja, el Ararteko decidió solicitar la colaboración de los Departamentos de Educación y de Gobernanza Pública y Autogobierno, al entender que ambos estaban concernidos por la queja presentada, el primero como administración inmediatamente afectada y el segundo en calidad de administración colaboradora.

3. Los responsables del Departamento de Educación atendieron la solicitud formulada por esta institución con la remisión de un informe del director de Gestión de Personal en el que se explicaba que:

*“Por lo tanto, la normativa en vigor establece que para la concesión del permiso es necesario que se cumplan ambos requisitos, tanto el ingreso hospitalario de larga duración, como el de que a la finalización de la hospitalización, se acredite la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente por el progenitor para la continuación del tratamiento en el domicilio.*

*En el caso de la solicitante (...) no se cumple ninguno de ellos ya que no ha habido una hospitalización de larga duración y tampoco está acreditada la necesidad de que sea la solicitante quien deba prestar ese cuidado directo, continuo y permanente.*

*En cuanto al requisito de la hospitalización de larga duración cabe señalar que la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó la sentencia nº (...) sobre el procedimiento interpuesto por (...) dando la razón a la Administración por no existir ingreso hospitalario de larga duración.*

*De hecho, según los datos que obran en este Departamento, la menor en cuestión está escolarizada en un centro público, contando con los apoyos tanto de especialistas como de medios materiales que la normativa establece para esos casos.*

*En cuanto a la necesidad de que sea la solicitante quien preste el cuidado directo, continuo y permanente no está suficientemente acreditada por el correspondiente certificado; así, por ejemplo, en la solicitud entregada el día*



*18 de junio de 2015, la Sra. (...) presentó un certificado del Servicio Público de Salud en el que no constaba que fuera ella quien debía prestar ese cuidado, por lo que se le comunicó que debía aportar un nuevo certificado al respecto. Transcurrido con creces el plazo concedido sin que (...) presentara el documento requerido, en aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, se dictó Resolución declarando el desistimiento en su solicitud.*

*En definitiva, en el caso que nos ocupa, este Departamento ha aplicado correctamente la normativa vigente”.*

4. En el caso del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, fue el propio consejero el que, tras advertir sobre competencia de la Dirección de Función Pública y describir en detalle la aplicación en la práctica de la regulación contenida en la Instrucción nº 3/2014, de 5 de diciembre, quiso subrayar que:

*“Así pues, la aplicación del permiso previsto en la Instrucción nº 3/2014, requiere en todo caso de un ingreso hospitalario previo e inicial, si bien posteriormente no será necesario dicho ingreso hospitalario:*

- a) si se acredita la necesidad de los cuidados continuos del menor tras la hospitalización, o*
- b) en los supuestos de recaída del cáncer o de la enfermedad grave, en los que ya existió un ingreso hospitalario.*

*En todo caso, a los efectos de determinar la necesidad de cuidados del menor de carácter directo, continuo y permanente por parte del progenitor, resulta decisorio el informe médico del correspondiente servicio de prevención.*

*Finalmente, la Instrucción nº 3/2014 presume que la acreditación de la relación paterno-filial o la circunstancia del acogimiento resulta ser suficiente para entender que será el progenitor o el padre/madre de acogida quien se haga responsable de los cuidados directos, continuos y permanentes del menor. Dicha presunción puede decaer, y por lo tanto denegar el permiso, en el supuesto de la Administración que ha de autorizar el mismo, se encuentre en condiciones de demostrar que no será el progenitor o el padre/madre de acogida quien se haga cargo, de manera efectiva, de los cuidados del menor”.*



5. La respuesta facilitada por el consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno en la que éste advertía sobre la competencia de la Dirección de Función Pública, hizo que esta institución decidiese continuar con la tramitación iniciada únicamente con este último departamento al que dirigió una nueva solicitud de colaboración con la finalidad de contrastar su parecer con respecto a las conclusiones a las que nos había llevado el estudio de la información que previamente nos había remitido el Departamento de Educación.

Tales conclusiones, de las que dimos traslado al consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno, fueron las siguientes:

“...es claro que la denegación del permiso solicitado por la interesada promotora de la queja obedece a dos motivos distintos: 1) la falta de acreditación de la existencia de una hospitalización de larga duración que pueda servir de antecedente a la necesidad de unos cuidados directos, continuos y permanentes y 2) la falta de acreditación también de que deba ser la propia interesada la que preste estos cuidados a su hija. Se impone por tanto que analicemos, a continuación, cada uno de estos motivos.

En lo que respecta al primero de ellos, esto es, a la falta de acreditación de la existencia de una hospitalización de larga duración que pueda servir de antecedente a la necesidad de unos cuidados directos, continuos y permanentes, el Departamento de Educación justifica su posición trayendo a colación la sentencia nº (...), de (...), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, afirmando que en dicha sentencia se da la razón a la Administración por no existir ingreso hospitalario de larga duración.

En opinión de esta institución, sin embargo, una lectura detenida de esta sentencia, de la cual adjuntamos copia igualmente, obliga a realizar ciertas matizaciones. En este sentido, se ha de reparar en que cuando esta sentencia se pronuncia sobre la finalización del permiso inicialmente otorgado a la interesada admite claro que el presupuesto que motivó la concesión del permiso fue el tratamiento especializado que su hija menor siguió en (...), el cual se consideró equiparable a un ingreso hospitalario de larga duración.

De hecho, la razón última que llevó a ratificar la finalización del permiso fue otra distinta. A saber: *“En el supuesto que nos ocupa, la decisión de otorgar el permiso retribuido al amparo del art. 49 e) del EBEP, se sustenta en considerar “ingreso hospitalario de larga duración” la situación de la menor mientras recibía tratamiento especializado en (...), aunque no era “ingreso hospitalario”. Y habiendo cambiado aquellas circunstancias, el apartado tercero de la resolución que concedía el permiso retribuido, llevaba a la cesación del mismo”*. Esto es, la razón última que llevó a estimar el recurso formulado fue el cumplimiento de la condición resolutoria a la que quedó sujeta la concesión del permiso (*“mientras permanezcan las circunstancias que han dado origen al mismo”*) de tal modo que, una vez finalizado el tratamiento, se entendió que la situación de la menor no era equiparable a la de un ingreso hospitalario.



Precisamente, el que ésta fuera la razón, hace que, en opinión de esta institución, cobre pleno sentido el que la interesada promotora de la queja trate de fundamentar su pretensión apoyándose en la Proposición no de Ley 84/2016 que, haciendo suyas las recomendaciones de la Defensora del Pueblo, ha instado al Gobierno Vasco a admitir en el ámbito de la Administración pública vasca la posibilidad de considerar como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento o cuidado del menor.

Por ello, una vez que en estos momentos resulta pacífico el alcance que se debe reconocer a la vigente Instrucción nº 3/2014, de 5 de diciembre, que -como se dice en su informe de contestación- se debe considerar acorde con el mandato de la Proposición no de Ley 84/2016, y no pudiéndose ignorar la concesión de aquel permiso inicial que asimiló la situación de la menor a la de un ingreso hospitalario de larga duración, lo más acertado, a juicio de esta institución, es que, en el caso de esta menor, el reconocimiento o no de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente que pueda dar lugar a un nuevo permiso se haga depender de la existencia o no de un informe médico que puedan avalar tal circunstancia, máxime si como se dice en su contestación dicho informe se tiene por decisivo.

Además, a nuestro modo de ver, de admitirse esto anterior, no debería influir al respecto el hecho de que la menor pueda estar escolarizada en un centro público como alumna con necesidades educativas especiales. Lo determinante y decisivo sería, como decimos, el informe que puedan emitir los facultativos médicos.

Por lo que respecta al segundo de los motivos, esto es, el referido a la falta de acreditación del hecho de que deba ser la propia interesada la que preste los cuidados a su hija menor, el Departamento de Educación esgrime en esta ocasión la ausencia de un certificado médico que acredite o avale dicha necesidad, posición ésta que el Ararteko no considera acertada a la vista de la información complementaria facilitada en su informe de contestación.

En efecto, según su información, en estos momentos rige la presunción de que la acreditación de la relación paterno-filial es suficiente para entender que será éste el responsable de los cuidados. En otro caso, corresponde a la administración la carga de probar que la realidad de los cuidados no es tal, circunstancia ésta que no se ha dado en el caso motivo de queja, salvo que se entienda suficiente la advertencia realizada con respecto a la escolarización de la menor.

De todos modos y por lo que respecta también a esto último, a juicio de esta institución, lo decisivo y determinante de cara al adecuado tratamiento del caso de esta menor sería requerir la emisión de un informe médico que se pronunciase sobre la necesidad de cuidados directos, continuos y permanentes que puedan justificar la concesión del permiso solicitado teniendo presente la atención que se le pueda estar dispensando en el ámbito escolar”.



6. En la contestación facilitada en respuesta a esta última intervención, el consejero, obviando las conclusiones que le fueron planteadas se ha limitado a señalar que:

*“...el Departamento de Educación, a la vista de las especiales circunstancias que concurrían en el caso consideró oportuno equiparar al supuesto de hospitalización el tratamiento específico al que estaba siendo sometida la hija menor de la promotora de la queja en unas circunstancias muy excepcionales (en un centro a 600 kilómetros de distancia de su domicilio). No obstante, dicha equiparación estaba condicionada a la subsistencia de esta especial circunstancia.*

*Una vez desaparecida la circunstancia que permitía la aplicación analógica como consecuencia del traslado de la menor a su localidad de residencia, se acordó la finalización de permiso concedido. Dicha decisión ha resultado avalada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de justicia del País Vasco de fecha (...).”*

A esto anterior, únicamente ha añadido que:

*“La Dirección de Función Pública adscrita al Departamento del que soy responsable entiende que en base a lo dispuesto en la Instrucción nº 3/2014, cualquier solicitud debe acompañarse de la documentación requerida y a la vista de la misma el órgano tramitador será el encargado de realizar una primera valoración, de tal forma que si no existe el requisito previo de la hospitalización, como ocurre en el presente supuesto por los motivos expuestos en párrafos precedentes, a juicio de la mencionada dirección no resulta necesario continuar con el siguiente trámite correspondiente a la emisión del informe por parte del servicio de prevención”.*

### Consideraciones

1. La información recabada en el curso de la intervención realizada permite afirmar que, en estos momentos, los términos de la Instrucción nº 3/2014, de 5 de diciembre, del viceconsejero de Función Pública, sobre condiciones y requisitos para la concesión del permiso regulado en el artículo 49 e) del EBEP y en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, resultan acordes con la Proposición no de Ley 84/2016, de 29 de junio de 2016, toda vez que el tenor literal de su artículo 3 admite expresamente la concesión del permiso si, una vez

finalizada la hospitalización (diagnóstico), se acredita que el menor precisa el cuidado directo, continuo y permanente del progenitor.

2. En lo que respecta al caso concreto de la interesada, los trámites realizados ante los departamentos concernidos nos ha llevado a constatar que, finalmente, el consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno ha hecho suyo el planteamiento previamente defendido por el director de Gestión de Personal del Departamento de Educación. Así, pese a admitir o reconocer la equiparación efectuada en su momento (con la de una hospitalización), a efectos de concesión del permiso, de la situación en la que se encontraba la menor, debido a las especiales circunstancias que se daban en el caso (estancia en un centro específico alejado del domicilio familiar en el que los tratamientos eran diarios), se niega la existencia de un ingreso hospitalario previo con el supuesto apoyo de la sentencia nº (...), de (...), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
3. Decimos supuesto apoyo porque, en opinión de esta institución, el adecuado tratamiento de la queja que nos ocupa hace que sea obligado reparar en que cuando tuvo lugar este pronunciamiento judicial con el que se trata de justificar la denegación del permiso nuevamente solicitado por la interesada, no resultaba pacífico, como lo es ahora, tratándose de personal funcionario, la posibilidad de conceder este permiso si, tras haberse producido un primer ingreso hospitalario, mediaba una necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, a diferencia de cómo ocurría con el personal laboral. Recuérdese que éste fue precisamente el contexto en el que tuvo lugar la intervención de la Institución del Defensor del Pueblo a la que se haya alusión en los antecedentes.

De todos modos, así se deduce también con claridad del texto de la propia sentencia cuando en la parte final del fundamento jurídico tercero se ha hecho notar que:

*“La parte recurrente invocaba en su demanda el RD 1148/2011, de 29 de julio, pese a reconocer que no es de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, como es el caso. (...) Conviene precisar que el artículo 49.e) de la Ley 7/2007 se redacta por la Ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, sin introducir la equiparación que contempla el art. 2 del RD 1148/2011...”*

De ahí que el TSJPV, sin entrar a considerar el alegato de la interesada, razonase su fallo poniendo el acento en el cambio de las circunstancias que habían motivado la concesión del permiso:



*“En el supuesto que nos ocupa, la decisión de otorgar el permiso retribuido al amparo del art. 49 e) del EBEP, se sustenta en considerar “ingreso hospitalario de larga duración” la situación de la menor mientras recibía tratamiento especializado en (...), aunque no era “ingreso hospitalario”. Y habiendo cambiado aquellas circunstancias, el apartado tercero de la resolución que concedía el permiso retribuido, llevaba a la cesación del mismo”.*

A este respecto, no está de más recordar que la concesión del permiso se hizo de forma condicionada a que se mantuviesen las circunstancias excepcionales a las que obedeció su reconocimiento.

4. Pues bien, siendo este el contexto que explica el sentido de la resolución adoptada por el TSJPV, a juicio de esta institución, lo que en estos momentos se impone, teniendo en cuenta los antecedentes del caso y como ya se hacía en la sentencia num. (...), de (...), del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, es traer a colación la llamada doctrina de los propios actos para de este modo entender que esa Administración no puede obviar entrar a valorar la concesión de un eventual nuevo permiso, bajo el pretexto de la falta de cumplimiento del requisito referido a la falta de ingreso hospitalario previo.

Téngase en cuenta que, de no hacerse así y como bien explica la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia num. 761/2017, de 4 de mayo -RJ \2017\2683- que por remisión resume el alcance y significado de esta doctrina), se estarían ignorando los principios de buena fe y confianza legítima a los que toda administración se debe en su actuación.

Insistimos por ello, como ya anticipábamos en nuestras primeras conclusiones, que lo que en estos momentos procede es que esa Administración reconsidere el tratamiento dado a las nuevas solicitudes formuladas por la interesada para el cuidado de su hija menor, haciéndolo depender únicamente de la necesidad o no de un cuidado directo, continuo y permanente que pueda venir avalada por informes médicos correspondientes, sin cuestionar el requisito de la previa hospitalización.

En consecuencia, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se formula la siguiente recomendación al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno



## RECOMENDACIÓN

Que reconsidere el tratamiento hasta ahora dado a las solicitudes de permiso formuladas por la interesada promotora de la queja para el cuidado de su hija menor afectada por una enfermedad grave, reconociendo la existencia de un ingreso hospitalario previo.

