

### El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal.

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** *Se discute sobre la validez de una norma autonómica conforme a la cual el disfrute de un permiso por guarda legal (por cuidado de descendiente menor de 12 años) no comporta disminución retributiva. La legislación estatal (artículo 48 EBEP) contempla la figura con reducción proporcional de las retribuciones correspondientes y el Tribunal Supremo considera que estamos ante una norma básica. Por lo tanto, el Decreto autonómico que convierte esa reducción de jornada en un permiso remunerado incurre en causa de nulidad y no puede aplicarse.*

**Palabras clave:** *Guarda por cuidado de menor. Reducción de jornada. Conciliación de la vida familiar y laboral. Funcionariado autonómico y estatal. Sujeción de normas autonómicas a las estatales.*

**Abstract:** *There is discussion about the validity of a regional norm according to which the enjoyment of a permit for legal guardianship (for the care of a descendant under 12 years of age) does not entail a reduction in salary. State legislation (article 48 EBEP) contemplates the figure with a proportional reduction in the corresponding remuneration and the Supreme Court considers that we are dealing with a basic rule. Therefore, the regional Decree that converts this reduction in working hours into paid leave incurs grounds for nullity and cannot be applied.*

**Keywords:** *Save for child care. Workday reduction. Conciliation of work and family life. Regional and state officials. Subjection of regional regulations to the state.*

---

### I. Introducción

La atención a las necesidades de índole extralaboral constituye uno de los objetivos del actual ordenamiento laboral, entendido este en sentido amplio, es decir, abarcando a quienes prestan servicios remunerados por cuenta y dependencia ajenas (sea en régimen contractual, estatutario, asociativo, cooperativo o funcional).

La conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino. Un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben

remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo<sup>[1]</sup>.

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dedica su Título III a regular derechos y deberes del personal comprendido en su ámbito aplicativo. Dentro del mismo, el Capítulo V ("*Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones*") incluye el artículo 48, disciplinando los permisos de los funcionarios públicos. Pues bien, más allá de la terminología, lo cierto es que en él aparece la reducción de jornada (y salario) por cuidado de menor o familiar a cargo. La cuestión discutida surge porque esa previsión es mejorada por un Decreto autonómico, en el sentido de convertir la figura en lo que su nombre enuncia, esto es, una ausencia de prestación profesional pero no una paralela desaparición de las remuneraciones previstas.

La STS-CONT 421/2023 constituye ocasión adecuada para examinar las posibilidades que las Comunidades Autónomas tienen para contar con una regulación propia del personal a su servicio o al de las Corporaciones Locales residenciadas en su territorio. Como el propio título de este comentario apunta, la respuesta jurisprudencial se inclina por la restricción cuando se pretende alterar el diseño incorporado por el EBEP. No hay inconveniente en adelantar la conclusión a que se accede: la concesión de la reducción de jornada, al cuerpo funcional de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del EBEP, por lo que son nulos los artículos de las normas locales que contemplan la reducción de jornada de una hora a los/as funcionarios/as por esa causa sin establecer reducción como en el caso del art. 7.4 a) 3ª del Decreto valenciano 42/2019.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 421/2023 de 29 marzo.

**Tipo y número de recurso:** recurso de casación núm. 5492/2021.

**ECLI:ES:TS:2023:1168**

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

### 1. Hechos en vía administrativa

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento activado por un funcionario de la Policía Local del Ayuntamiento de Albufera (Alicante), que solicitó reducción de una hora de la jornada laboral sin disminución de retribuciones para el cuidado de dos hijos menores de doce años. Basó su solicitud en el Decreto 42/2019 de la Generalitat Valenciana.

Dicha solicitud fue desestimada por resolución del Alcalde de Albufera de 12 de diciembre de 2019.

Disconforme con ello, el funcionario acudió a la vía contencioso-administrativa.

## 2. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia nº 81/2021, de 2 de marzo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el policía municipal, reconociendo su derecho en los términos previstos por el artículo 7 del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat.

Resultado de ello era el reconocimiento del derecho a la reducción de la jornada laboral en una hora diaria, sin disminución de retribuciones, por razón de guarda legal de dos niñas menores de 12 años y mientras cumpla este concreto supuesto, así como el derecho a las horas acumuladas desde que transcurrieron los dos meses de resolución expresa que tenía la Administración Pública a contar desde que presentó la reclamación en vía administrativa.

## 3. Recurso de casación

Disconforme con la estimación del recurso planteado por su funcionario, la Corporación Local de Albufera preparó y, al cabo, formalizó recurso de casación.

## 4. Auto de la Sala de Admisiones

Mediante Auto de 22 de junio de 2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa la cuestión que posee interés casacional: determinar, si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del art. 48.h) del EBEP.

Al tiempo, identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 48 EBEP y el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), en relación con el 149.1.18 de la Constitución Española (CE).

## IV. Posición de las partes

No habiendo respondido de manera temporánea al emplazamiento realizado por la Sala Tercera ni el funcionario recurrido, ni la Generalitat Valenciana, la posición del Ayuntamiento es sencilla de explicar: insta que se anule la sentencia del Juzgado y declare la validez del Decreto de la Alcaldía.

El recurrente subraya que el precepto reglamentario valenciano aplicado por la sentencia objeto de este recurso de casación se aparta, mejor dicho, se opone a la prescripción del artículo 48 h) EBEP y la consecuencia no puede ser otra que la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia dictada por el Juzgado n.º 2 de los de Alicante con la consiguiente desestimación del recurso promovido dado que el Decreto de la Alcaldía.

## V. Normativa aplicable al caso

### 1. Constitución Española

El artículo 149.1 CE identifica las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva y en su apertura 18ª refiere “*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*”.

## 2. Real Decreto Legislativo 781/1986

El art. 142 LRRL dispone que *“Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”*.

## 3. Estatuto Básico del Empleado Público

El EBEP dedica su Título III a regular derechos y deberes del personal comprendido en su ámbito aplicativo. Dentro del mismo, el Capítulo V (*“Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”*) incluye el artículo 48, disciplinando los permisos de los funcionarios públicos.

## 4. Decreto 42/2019 de la Generalitat Valenciana

El Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana, regula las condiciones de trabajo de su personal funcionario de la Administración de la Generalitat. Su artículo 7º aborda las *“Reducciones de jornada”*. Conforme al apartado 4 Se podrá solicitar reducción de jornada de una hora diaria sin disminución de retribuciones por las causas siguientes:

a) Por las causas previstas en los apartados a) b) y c) del número 1.

No obstante, en el caso de guarda legal de niñas o niños de 12 años o menores, se podrá conceder únicamente cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

1.º Que el menor requiera especial dedicación

2.º Que la niña o niño tenga 3 años o menos

3.º Que tenga a su cargo dos o más niñas o niños de 12 años o menores

4.º Que se trate de familia monoparental

Interesa advertir que, al margen de este Decreto, la legislación valenciana sobre función pública no reconoce la reducción de jornada sin disminución de haberes. La Ley 10/2010 (artículo 68) remite al reglamento la regulación correspondiente. La Ley 4/2021 (artículo 80.1) reenvía al artículo 48 del EBEP, cuyo apartado h) contempla el siguiente *“permiso”*:

*h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.*

*Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.*

## VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en lo previamente establecido por otra anterior<sup>[2]</sup>, aunque esta también hizo lo mismo respecto de otras dos<sup>[3]</sup>.

### 1. EL sistema de fuentes en la Legislación de Régimen Local

Como se ha visto, el artículo 142 del texto refundido de 1986 llama en primer lugar a la legislación autonómica a la hora de regular los permisos, lo que constituye argumento relevante para la sentencia de instancia.

Sin embargo, también es cierto que la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado a la hora de establecer las normas básicas sobre la materia. Y no

cabe duda de que las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público forman parte de ese núcleo (cf. Su Disposición Final Primera).

Estas dos sencillas referencias normativas ponen de relieve que la cuestión es más compleja de como la presentó la sentencia de instancia, la cual, en realidad, se limita a aplicar el precepto reglamentario valenciano sin preguntarse por la relación entre su artículo 7.4.a) y el artículo 48.h) del EBEP.

## 2. El “permiso” sin remuneración

Aunque en sentido estricto un permiso equivalga a una ausencia sin pérdida de remuneración, una acepción amplia de tal institución permite comprender en ella también los supuestos, más próximos a una suspensión (total o parcial) en que cesa también el deber de remunerar. Tal es lo que aquí sucede.

Por otro lado, el caso de la guarda legal que examinamos no es el único en que este artículo 48 EBEP impone la disminución de haberes. Así, la exige en el caso de la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros<sup>[4]</sup>.

Y el artículo 49 EBEP contempla los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género<sup>[5]</sup>, cuidado de menor afectado de enfermedad grave<sup>[6]</sup> o para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados<sup>[7]</sup>.

## 3. Conclusión

Procede, en consecuencia, y en atención a las razones expuestas, estimar el recurso de casación y desestimar el recurso contencioso administrativo, pues el acto administrativo allí impugnado se fundamenta en la aplicación de una norma que es contraria a Derecho.

Las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa abocan a que en casos como este el Tribunal Supremo anule la disposición general que considera ilegal<sup>[8]</sup>. Lo que sucede es que esa decisión ya fue adoptada por la Sala Tercera mediante sentencia firme y anterior, siendo el precepto autonómico declarado nulo por la sentencia firme citada, y, en consecuencia, expulsado del ordenamiento jurídico, por incurrir en un defecto de invalidez que comporta la nulidad plena (artículo 47.2 de la Ley 39/2015), que es el único grado de invalidez que consienten las disposiciones generales.

## VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la Corporación Local de Albufera.

Por tanto, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Albufera y anula la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Elche de 2 de marzo de 2021.

Ello comporta desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el funcionario y dejar incólume el Decreto de la Alcaldía que denegaba el permiso sin reducción proporcional de remuneraciones que había solicitado el policía local del citado Ayuntamiento.

## VIII. Pasajes decisivos

El conciso Fundamento de Derecho Cuarto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

*La respuesta a la cuestión de interés casacional que fija nuestra doctrina, según declaramos en las expresadas sentencias de 29 y 30 de junio de 2022, se concreta en que la concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones*

locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

## **IX. Comentario (sobre el artículo 37.6 ET)**

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación el tenor del derecho paralelo que contempla el artículo 37.6 ET, en redacción que ha ido abigarrándose hasta llegar a la actual. Recordemos su contenido.

### *1. Cuidado de menor de 12 años*

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

La norma no circunscribe el supuesto a los hijos, sino que quien trabaja puede tener un menor de doce años a su cargo por otra circunstancia, sea o no su progenitor; en concreto, la “*guarda legal*” referida quiere contemplar los supuestos de patria potestad (art. 154 CC), tutela (art. 215 CC) o acogimiento (arts. 172.3 y 173.1 CC).

No se contempla sólo la posibilidad de que quien trabaja atienda en solitario y de manera física a una de tales personas, sino más bien la circunstancia de que haya de asumir su control, inclusive con la ayuda de otras personas o instituciones. Respecto de la discapacidad padecida omite la norma su identificación exacta, pero parece que hay que referirla a los niveles que permiten acceder a tal condición, según el baremo vigente.

### *2. Cuidado de familiar dependiente*

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

### *3. Cuidado de menor de edad enfermo*

El progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y sea necesario su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años.

### *4. Cuidado de mayores de edad en supuestos especiales*

En consecuencia, el mero cumplimiento de los dieciocho años por el hijo o el menor sujeto a acogimiento permanente o a guarda con fines de adopción no será causa de extinción de la reducción de la jornada si se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

No obstante, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer el derecho a la reducción de jornada hasta que el causante cumpla 23 años en los supuestos en que el padecimiento de cáncer o enfermedad grave haya sido diagnosticado antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, salvo la edad.

Asimismo, se mantendrá el derecho a esta reducción hasta que la persona cumpla 26 años si antes de alcanzar 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

#### 5. Reglas comunes

Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

En los supuestos de nulidad, separación, divorcio, extinción de la pareja de hecho o cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho a la reducción de jornada se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, siempre que cumpla el resto de los requisitos exigidos.

Cuando la persona enferma, que se encuentre en los supuestos previstos en los párrafos tercero y cuarto de este apartado, contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, tendrá derecho a la reducción de jornada quien sea su cónyuge o pareja de hecho, siempre que acredite las condiciones exigidas para acceder al derecho a la misma.

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

#### X. Apunte final

La sentencia comentada constituye inmejorable ejemplo de concisión argumental. Pese a la drástica consecuencia que se desprende (nulidad de la norma aprobada por la Comunidad Autónoma) ) el argumento es tan contundente como escueto: la regla del EBEP constituye una norma básica y la Generalidad Valenciana carece de competencia para alterarla, sea cual fuere su sentido (mayor o menor favorabilidad para las personas afectadas).

---

#### Referencias:

1. <sup>^</sup> *Por utilizar las palabras introductorias de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.*
2. <sup>^</sup> *En concreto, la STS-CONT 1398/2022 de 2 noviembre (rec. 7223/2020).*
3. <sup>^</sup> *SSTS-CONT 29 junio 2022 (rec. 2594/2021) y 30 junio 2022 (rec. 2634/2020).*
4. <sup>^</sup> *El apartado g) dispone “Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones”.*
5. <sup>^</sup> *Conforme al apartado d) “las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución*

- proporcional de la retribución [...] la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos”.*
6. *^ Conforme al apartado e), cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso 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 guardador con fines de adopción o acogedor de carácter 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.*
  7. *^ El apartado f) contempla el derecho de estos funcionarios y sus parejas a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución.*
  8. *^ El artículo 27 LJCA aborda el supuesto en que un Tribunal dicta sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, pero contiene una específica regla conforme a la cual “Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma” (apartado 3).*