

JURISPRUDENTZIA JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvgp.23.2022.10>

Recibido: 26/10/2022

Aceptado: 16/11/2022

© 2022 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario:

I. Proceso de selección: prueba de entrevista.—II. Movilidad del personal funcionario: traslado temporal de la sede del centro de trabajo.—III. Situaciones administrativas: excedencia por interés particular y personal interino.—IV. Situaciones administrativas: suspensión de funciones y baja por enfermedad.—V. Derechos del personal funcionario: reducción de la jornada de trabajo por enfermedad de descendiente.—VI. Régimen disciplinario: duración de medidas cautelares.

I. Proceso de selección: prueba de entrevista

En el primer apartado de esta crónica de jurisprudencia nos referiremos al caso de una persona aspirante que ve cómo recibe la calificación de no apto en la prueba de entrevista personal. Se trata de un caso similar al que recogimos en la crónica jurisprudencial correspondiente al número anterior de esta revista, caso que se enmarcaba en una convocatoria de plazas para la Policía Foral navarra.

En el caso que ahora nos ocupa el aspirante lo es a ingresar en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía. Después de haber superado las pruebas de aptitud física, conocimiento y ortografía, así como el reconocimiento médico, resultó excluido del proceso selectivo por la entrevista personal. La entrevista personal era uno de los tres ejercicios que integraban la tercera prueba de la fase de oposición y estaba configurada así: «Tras la realización de un test de personalidad, un cuestionario de información biográfica y/o un currículum vitae por el opositor, se investigarán los factores de socialización, comunicación, motivación, rasgos de personalidad, rasgos clínicos y cualidades profesionales». El recurrente fue evaluado negativamente en el Informe Técnico de Evaluación de la Entrevista en los factores de comunicación, subfactor razonamiento, motivación, subfactor metas, y rasgos de personalidad, subfactor inmadurez, siéndole otorgados, en total, 48 puntos, cuando para superar dicha prueba era necesario obtener 60 puntos.

El aspirante agotó la vía administrativa; así, por resolución de la Dirección General de la Policía de septiembre de 2018, se desestima el recurso de alzada que formuló contra el acuerdo de abril de

2018 del Tribunal Calificador (por el que fue declarado no apto en la prueba de entrevista personal). Judicializado el caso, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dada en 2021 confirma la actuación administrativa impugnada (reconoce que la motivación «no es del todo correcta» pero se apoya en dos informes periciales favorables a la valoración de la entrevista). Finalmente, el aspirante recurre en casación.

El Tribunal Supremo, en *sentencia de uno de junio de 2022* (666/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 1960/2021), tiene oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión. Respecto a las cuestiones de interés casacional objetivo, se fijaron las siguientes: «1.ª) Si una prueba de un proceso de provisión de puestos, como sería, en este caso, el perfil profesiográfico que define los rasgos o factores a valorar en una prueba psicotécnica y su sistema de baremación (corrección) se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a la realización de la prueba, sin que este criterio admita excepciones. 2.ª) Cuál debe ser el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto en una prueba psicotécnica en el que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes y en qué momento debe exigirse tal deber».

El recurrente señala en casación que nunca tuvo conocimiento de los criterios de valoración aplicados por el órgano de calificación para otorgar el límite mínimo de puntos para la declaración de apto y la forma de lograrlos, de por qué su puntuación fue de 48 puntos y las razones por las que fue valorado negativamente en los factores de comunicación, motivación y rasgos de personalidad, no alcanzando los 60 puntos mínimos fijados.

El escrito de oposición de la Administración General del Estado cita la doctrina fijada por el Supremo

en la sentencia dictada el 27 de enero de 2022 (recurso de casación núm. 8179/2019), esto es, la que recogimos en el número anterior de esta revista, que viene a decir: «Primera: las exigencias derivadas de los principios de publicidad y transparencia imponen que en una prueba de un proceso de provisión de puestos, el perfil profesigráfico que define los rasgos o factores a valorar en una prueba psicotécnica, y su sistema de baremación y corrección, de no figurar en las Bases de la convocatoria, se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a la realización de la prueba. Segunda: 1.º el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto (suspense o no superado) en una prueba psicotécnica en la que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes, debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de negar la aptitud de un candidato. 2.º tal deber ha de cumplirse en el momento de la decisión administrativa y, en todo caso, al dar respuesta a reclamaciones y recursos previos a la vía jurisdiccional, como medio adecuado para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española». El Tribunal Supremo señala ahora: «En aplicación de esta doctrina debemos analizar la problemática de este recurso donde la prueba cuestionada era una entrevista que se lleva a cabo “tras la realización de un test de personalidad, un cuestionario de información biográfica y/o un currículum vitae por el opositor” y en la que “se investigarán los factores de socialización, comunicación, motivación, rasgos de personalidad, rasgos clínicos y cualidades profesionales”» (FD 4).

El Tribunal Supremo advierte que «El examen del expediente administrativo no arroja luz sobre la forma en la que el órgano de valoración otorgó al hoy recurrente los 48 puntos que determinaron la declaración de “no apto” y su exclusión del proceso selectivo. (...) La conclusión que puede extraerse del expediente administrativo y en concreto del informe técnico aportado por el tribunal calificador, es que no se establecen de forma objetiva los criterios o parámetros a valorar para cada uno de los factores que incluye la base de la convocatoria, ni tampoco los subfactores que pueda haber aplicado el tribunal, ni las puntuaciones de cada uno de ellos, ni su individualización. Tampoco se incluyen las evaluaciones cualitativas seguidas para determinar la calificación con los conceptos de “adecuado” o “no adecuado”, o “menos adecuado” que

se mencionan en el acta de la sesión de evaluación y calificación de la entrevista. No aparecen por ningún lado los posibles elementos empleados por el órgano de valoración para determinar la puntuación parcial correspondiente a los factores a valorar y así llegar a la calificación global de la entrevista. Además, no se observa que se haya aplicado al aspirante antes de la entrevista, tal como exigen las bases, ningún test de personalidad —no se indica ninguno—, ni un cuestionario de información biográfica o el currículum vitae que pudiera haber solicitado o aportado el opositor. Es decir, no existen elementos que permitan objetivar la valoración de la entrevista y tener conocimiento de cómo se alcanzó la puntuación dada al aspirante —48— y de cómo podía lograrse la puntuación mínima fijada para lograr la calificación de “apto” —60—. Se desconoce la puntuación dada por el órgano de valoración a cada uno de los factores que fija la convocatoria (socialización, comunicación, motivación, rasgos de personalidad, rasgos clínicos y cualidades profesionales), la puntuación otorgada al recurrente en cada uno de ellos y, por ello, los puntos que se detraen en los aspectos valorados como “menos adecuados”. Es más, no está en el expediente ni ha sido aportado en ningún momento, el informe de la Jefatura de Planificación Psicopedagógica aprobado por el tribunal en reunión celebrada el 15 de diciembre de 2017 y que se menciona en el acta de valoración de la entrevista de 26 de abril de 2018» (FD 6).

El Tribunal Supremo señala en la sentencia como colofón: «De acuerdo con las anteriores conclusiones resulta evidente que no se han respetado en la realización de la entrevista que integraba la tercera prueba del primer ejercicio de la oposición: (i) los principios de publicidad y transparencia que rigen los procesos selectivos, y que exigen que los rasgos o factores a valorar en una prueba como la de autos y su sistema de baremación y corrección, de no figurar en las Bases de la convocatoria, se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a la realización de la prueba. Las bases de la convocatoria únicamente fijaban los factores a valorar y que la calificación sería “apto” o “no apto”, pero ningún otro elemento de los que se mencionan en el acta de valoración de 26 de abril de 2018. (ii) La obligación de motivación de las resoluciones administrativas y la garantía de interdicción de la arbitrariedad, exigen que la calificación de una prueba en la que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes, debe cumplir al menos las exigencias de: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico;

y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de negar la aptitud de un candidato. En este caso fue totalmente incumplido el deber de motivación, que ha de cumplirse en el momento de la decisión administrativa y, en todo caso, al dar respuesta a reclamaciones y recursos previos a la vía jurisdiccional, como medio adecuado para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española» (FD 7). Por ello, se anula la sentencia dictada en la instancia y se estima en parte el recurso contencioso administrativo deducido en la instancia por el aspirante.

Pero, a renglón seguido, se ofrece respuesta matizada a la pretensión del aspirante de ser declarado apto en la entrevista (con una solución similar a la establecida en la sentencia de enero de 2022): «La estimación no puede llegar a ser total y llevar consigo el éxito de las pretensiones de reconocimiento de derecho ejercitadas, referidas a la declaración de “apto” del recurrente en la prueba de entrevista, con inclusión en listas definitivas de quienes superaron el primer ejercicio y continuar con las pruebas selectivas hasta el final. Y no lo es porque no pueden ser incluidos en las listas definitivas del primer ejercicio personas de quienes no consta hayan superado la tercera prueba que lo integraba, de carácter eliminatorio. Los vicios apreciados impiden efectuar ese pronunciamiento y conceder la calificación de “apto”» (FD 7).

Continúa el Tribunal Supremo desarrollando su decisión en los siguientes términos: «el pronunciamiento de anulación del acto administrativo impugnado solo puede llevarnos a reconocerle el derecho a realizar la prueba de entrevista con las garantías establecidas en esta sentencia, sin que ello afecte a los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables. Por ello se ordena la retroacción de las actuaciones en el procedimiento selectivo respecto del recurrente al momento inmediatamente anterior a la celebración de la entrevista, a fin de que volviéndose a reunir el órgano calificador, previo establecimiento y publicidad de criterios de baremación y de corrección en la forma indicada, se proceda a su repetición y a su posterior calificación, con continuación del proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión en el caso de que fuese declarado apto». Y en última instancia: «Ello de manera que, si superase el resto de las pruebas logrando una puntuación total que supere a la del último de los aspirantes que logró plaza, se declarará por la Administración el derecho a ser nombrado funcionario

con efectos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento en el desarrollo ordinario del proceso selectivo convocado por Resolución de la Dirección General de la Policía de 18 de abril de 2017» (FD 7).

No podemos cerrar este apartado sin recordar la existencia de algún pronunciamiento de interés sobre cuestiones similares a las que nos ocupamos (v. gr., la sentencia en apelación de 17 de mayo de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número de recurso 239/2022, donde se trata, por ejemplo, de la grabación de las entrevistas a los aspirantes).

II. Movilidad del personal funcionario: traslado temporal de la sede del centro de trabajo

Damos cuenta en esta sección de la *sentencia de treinta y uno de marzo de 2022* del Tribunal Supremo (405/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 6736/2020).

Pasamos a la descripción de lo acontecido: una funcionaria acude a la vía judicial para recurrir la resolución del Director del Departamento de Recursos Humanos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la cual desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra una resolución previa que acordó modificar la sede de la Administración de Arenys de Mar y de todos los puestos adscritos a la misma; la recurrente solicita que se le reconozca el derecho a continuar devengando las indemnizaciones económicas y de horario que reclamaba (gastos diarios por desplazamiento y adaptación del horario en casos excepcionales) que ya le habían sido reconocidas inicialmente; todo ello por entender que el traslado de la sede de la Administración de Arenys de Mar a otro lugar se trataba de una medida adoptada con carácter provisional y temporal (para realizar unas obras en el local de Arenys de Mar).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la funcionaria contra la resolución citada, que quedaba anulada por no ser conforme a Derecho, y,

por otra parte, le reconocía el derecho a la demandante a percibir las dietas por desplazamiento durante el periodo objeto de reclamación.

Contra esa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se preparó recurso de casación por la Administración General del Estado y el Tribunal Supremo lo admitió y explicita como interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia el siguiente: «determinar si, en un supuesto de traslado forzoso temporal de funcionarios a un centro de trabajo en distinta localidad, por razón de la necesidad de efectuar obras de reforma en la sede administrativa donde ostentan sus puestos de trabajo, resulta procedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, el abono de las indemnizaciones por traslado de residencia que establece el artículo 23 del RD 462/2002, de 24 de mayo, o, por el contrario, deben abonarse las dietas por gastos de desplazamiento contempladas en el citado Real Decreto» (FD 2).

La Administración de Estado en su recurso de casación señala la improcedencia de que los empleados públicos afectados puedan seguir percibiendo las dietas por desplazamiento fuera del término municipal de la sede del centro de trabajo (Arenys de Mar) una vez que éste ya había sido fijado por movilidad forzosa en otro municipio (Mataró), sin perjuicio de poder percibir la indemnización por traslado de residencia.

Señala el Tribunal Supremo en su sentencia que, para resolver el caso —independientemente de que se aplique el artículo 20.1.c) de la Ley de Medidas 30/1984 o el artículo 81.2 del EBEP, cuestión ésta que se plantea en el litigio—, la clave es la existencia de traslado del personal funcionario, por necesidades de servicio, a unidades, departamentos u organismos públicos distintos a los de su destino. Y aquí el Tribunal Supremo es tajante: «Nunca se ha producido un traslado de esa naturaleza pues la funcionaria siempre ha estado destinada en el mismo centro de trabajo que, como ha quedado expuesto, de modo permanente fue la AEAT de Arenys de Mar, ello con independencia de que, temporal y provisionalmente, su localización geográfica estuviese en la localidad de Mataró. No en vano, la resolución administrativa impugnada en la instancia lo que hace es “modificar la sede de la Administración de Arenys de Mar, y de todos los puestos de trabajo adscritos a la misma, reflejados en su Anexo, en el Municipio de Arenys de Mar, que pasan a estar ubicados en la carretera de Barcelona (N-II) número 43 (Edificio el Rengle) en el municipio de Mataró”. Por tanto, no concurría el hecho necesario para que la AEAT pudiera ha-

cer aplicación del artículo 20.1.c) de la Ley de Medidas 30/1984 (o del artículo 81.2 del EBEP) y, por ello, la AEAT hizo una indebida aplicación de esa norma y, de ese modo, llegó a una modificación injustificada de su decisión inicial de reconocer el derecho a que los funcionarios afectados por el traslado temporal de la sede de la AEAT de Arenys de Mar a Mataró percibieran los gastos/dietas de desplazamiento» (FD 7).

Por ello, en palabras del Tribunal Supremo, «en un supuesto como el concurrente, el traslado temporal de la sede del centro de trabajo a otra localidad diferente a la suya, no determina la aplicación del artículo 20.1.c) de la Ley 30/1984 (o del artículo 81.2 del EBEP) puesto que no integra un traslado del funcionario, por necesidades de servicio, a unidades, departamentos u organismos públicos distintos a los de su destino. Por tanto, no es procedente el abono de indemnizaciones por traslado de residencia del artículo 23 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo» (FD 8). En consecuencia, se desestima el recurso de casación, con confirmación de la sentencia impugnada.

III. Situaciones administrativas: excedencia por interés particular y personal interino

En un número anterior de esta revista, en concreto en el n.º 19, recogimos la cuestión de la aplicabilidad de la situación de excedencia voluntaria por interés particular —prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público— al personal empleado público interino, al hilo de una sentencia dada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sentencia de dieciséis de septiembre de 2020, 597/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, recurso núm. 353/2017). Aunque no se trataba, por tanto, de una sentencia del Tribunal Supremo, el interés del caso planteado determinó que la seleccionáramos para nuestra crónica jurisprudencial.

Como decíamos en la crónica citada, la doctrina planteaba sus dudas sobre la aplicabilidad de la situación de excedencia voluntaria por interés particular al personal interino. Resultaría ilógico conceder una excedencia que conllevara que el puesto que

desempeña el personal interino volviera a quedarse sin cubrir; asimismo, sería incongruente nombrar un interino o interina por causa de necesidad y después concederle la excedencia. Pero tampoco se puede soslayar el hecho de que en la práctica el personal interino satisface necesidades permanentes o estructurales y su relación se prolonga de forma desmedida en el tiempo, lo que altera el escenario teórico de partida.

Tal y como señalábamos en su momento en la crónica, el recurrente inició su labor como funcionario interino del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en 2010. Tras algo más de siete años en las oficinas del centro penitenciario de Castellón, solicitó una excedencia voluntaria. La resolución de la Subdirección General del Ministerio de Interior de junio de 2017 denegó el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular; posteriormente, en septiembre del mismo año, el mismo órgano administrativo desestimó el recurso de reposición frente a la anterior resolución. El trabajador funcionario interino recurrió la decisión administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, quien resolvió en septiembre de 2020 y aceptó el planteamiento del funcionario interino. La Sala declaró que procede que la Administración justifique, sin atender a su nombramiento como funcionario interino, si existen necesidades del servicio que impiden la concesión de la excedencia solicitada al amparo del artículo 89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, dictando la resolución que proceda en Derecho. Por tanto, podría plantearse que se concediera a un interino o interina una excedencia por interés particular, si su relación de servicios es abusiva y similar en la práctica a la de un funcionario o funcionaria de carrera, y, claro está, concurren el resto de las circunstancias exigidas para su concesión y las especialidades oportunas en su regreso.

Planteado recurso de casación por el Abogado del Estado contra la resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Valencia nos llega ahora el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión, a través de la *sentencia de diecisiete de octubre de 2022* (1313/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 6526/2020). Queda declarada como la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la determinación de si la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

El Tribunal Supremo recuerda los mandatos del artículo 89.2 del Texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, así como el contenido de los razonamientos de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en 2017 (sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-158/16), amparó —en base al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70— a una funcionaria interina que pasaba a desempeñar un cargo político representativo y pretendía volver a reincorporarse a su trabajo cuando finalizara su mandato político (situación prevista en el Derecho español a través de la figura de los servicios especiales).

Indica el Tribunal Supremo que el caso presente es distinto del de 2017: «Entiende el Tribunal que no se dan las circunstancias examinadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se tomaba como referencia una situación incardinada en el régimen privilegiado de los “servicios especiales” del amplio catálogo establecido en el artículo 87 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco» (FD 5). Con estos antecedentes, concluye el Tribunal Supremo que la diferencia de trato entre una persona funcionario de carrera y una persona interina está justificada. Además, sobre la reincorporación, la sentencia del Tribunal Supremo de la que nos ocupamos añade: «De lo establecido en el n.º 63 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, se concluye inequívocamente que la adscripción provisional, artículo 63, tras el reingreso de la excedencia sin reserva de puesto de trabajo, artículo 62, está reservada por sus características al funcionario de carrera» (FD 5). En definitiva, se estima el recurso de casación y se anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, ya que «tanto la excedencia reclamada como la adscripción provisional a que se refiere el recurrente solo proceden para funcionarios de carrera que cumplan los requisitos legales» (FD 5). La respuesta a la cuestión de interés casacional queda des esta forma establecida: «La Sala entiende que la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos» (FD 6).

IV. Situaciones administrativas: suspensión de funciones y baja por enfermedad

Recogemos ahora una cuestión que ha sido tratada recientemente por el Tribunal Supremo pero que no habíamos tenido oportunidad de incluir en esta Crónica. Se trata, en concreto, de la posibilidad de acogerse a la baja por enfermedad estando una persona funcionaria en una situación administrativa de suspensión de funciones.

En el caso que analizamos se impugnó ante la jurisdicción contencioso-administrativa una resolución del Director General de la Agencia Española de Administración Tributaria que desestimaba los recursos de reposición acumulados que se entablaron contra las resoluciones del Delegado de la Agencia Tributaria de Málaga, que habían denegado a una persona funcionaria el otorgamiento de la baja por enfermedad por encontrarse previamente a esa solicitud en la situación de suspensión provisional de funciones.

A continuación se judicializó el asunto ante Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual estimó el recurso contencioso-administrativo y atendió la reclamación de la persona funcionaria; esto es, se impone el estado de baja por enfermedad sobre la situación de suspensión de funciones, la cual debe quedar en suspenso hasta que recobre su vigencia cuando dicha persona sea dada de alta; pero, entre tanto, esa persona debe conservar los derechos del mutualismo administrativo, salvo que haya habido un fraude en la obtención de la baja.

La Administración del Estado, disconforme con esa decisión, preparó recurso de casación y el interés casacional del recurso quedó delimitado de la siguiente manera: si es posible la baja por enfermedad de aquellas personas funcionarias que se encuentren en situación administrativa de suspensión de funciones.

Según señala, el Tribunal Supremo en *sentencia de veintiuno de julio de 2022* (1082/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 2248/2021), la cuestión suscitada en el recurso de casación ha sido resuelta en varias sentencias recientes —de 2 de febrero de 2021 (recurso de casación n.º 3882/2019), 3 de noviembre de 2021 (recurso de casación n.º 1280/2020) y 29 de marzo de 2022 (recurso de casación 7291/2020)—, resolución que es reiterada en la pre-

sente: «no es posible otorgar la licencia por enfermedad al funcionario que se encuentra en situación administrativa de suspensión de funciones, por corresponder a una situación administrativa, la de servicio activo, en la que no se encuentra el funcionario en suspensión de funciones por la aplicación de una medida cautelar en un procedimiento disciplinario» (FD 4).

En esas sentencias se aclara la naturaleza de ambos estados: «la suspensión provisional de funciones, imputada como medida cautelar (...) determina un régimen de derechos y obligaciones que son distintas a las de servicio activo, se adopta en garantía de una finalidad de protección de los fines públicos tutelados por el procedimiento disciplinario que, en este caso, se ha decretado, y conlleva un régimen retributivo que es distinto al previsto para el funcionario que, estando en situación de servicio activo, sea declarado en incapacidad temporal como consecuencia de la concesión de licencia por enfermedad. Por el contrario, la situación de incapacidad temporal en la que se enmarca la solicitud de licencia por enfermedad supone el mantenimiento del funcionario en la situación de servicio activo, por lo que es radicalmente contraria a la esencia de la medida de suspensión provisional de funciones que tiene como efecto esencial la de apartar al funcionario de la situación de servicio activo, como medida de protección de los fines de interés público» (FD 3). En resumen, una baja por enfermedad no debe conllevar la finalización de la medida cautelar de suspensión provisional, que tiene su propio régimen de finalización, y la incapacidad temporal es de aplicación al funcionario que, estando en situación de servicio activo, no puede desempeñar su puesto de trabajo por una enfermedad o accidente; además, hay que tener en cuenta que sus consecuencias económicas son diferentes.

V. Derechos del personal funcionario: reducción de la jornada de trabajo por enfermedad de descendiente

Se recurre en vía judicial la resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos, que rechazó la solicitud de

una persona funcionaria dirigida a obtener su reducción de la 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 administrativa tuvo lugar por no acreditar el solicitante 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. Por el contrario, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente avaló la pretensión recogida en el recurso contencioso administrativo.

A continuación, se entabla por la Administración recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde se produce una sentencia estimatoria del recurso. Y, finalmente, se interpone contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que resuelve en *sentencia de veinte de octubre de 2022* (1335/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 3974/2020).

Las cuestiones que se fijaron como de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia habían quedado determinadas de la siguiente manera: en primer lugar, si el artículo 49.e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor; y, en segundo, si, entendiéndose que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor. Y es que en el caso analizado la menor se encontraba escolarizada en un centro de educación especial (de 10.00 a 16.30 horas) durante la jornada de trabajo de sus padres (9.00 o 10.00 a 15.15 horas). Por otra parte, recordemos que el artículo 49.e) del Estatuto Básico del Empleado Público establece, sobre el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, que se tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer 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.

En su recurso de casación, la persona funcionaria expone las circunstancias que concurren en la menor

(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 sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018) que estableció que el art. 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado; y que «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)». (FD 3). Por su parte, la Comunidad de Madrid, en casación, señala que no quedan acreditados los requisitos de la norma, pues no hay constancia de una necesidad de acudir al centro escolar de forma presencial y totalmente continuada para atender a la menor.

Además, se recoge en la sentencia noticia de la documentación aportada por la demandante en instancia: a) 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; b) comunicación dirigida al letrado de la recurrente contestando a un escrito dirigido a la Dirección General de Función Pública de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (conforme a la Recomendación dada por el Defensor del Pueblo a dicho asunto) y c) circular dirigida por la Secretaría de Estado de la Seguridad social a los Señores Presidentes de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social.

Pues bien, el Tribunal Supremo en su sentencia, después de recordar los parámetros que expresó en la ya citada sentencia de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018), señala que su posición se mantiene y debe conducir a la estimación del recurso de apelación, por lo que la respuesta a

la cuestión de interés casacional queda formulada así: «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 sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado» (FD 8).

VI. Régimen disciplinario: duración de medidas cautelares

Mediante resolución de la concejala delegada correspondiente del Ayuntamiento de Bilbao se suspendió provisionalmente de sus funciones a un funcionario que se encontraba sometido a un proceso penal por un posible delito contra la salud pública mientras se mantuviese su imputación y con fundamento en la alarma social que podría generar su reincorporación al servicio activo estando imputado por un delito doloso de las características del citado.

El funcionario de la Policía Local interpuso recurso contencioso-administrativo contra la suspensión provisional de funciones, el cual fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente.

A continuación, el funcionario interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual fue estimado y la sentencia recurrida quedó revocada. Según el Tribunal Superior de Justicia, el art. 98.3 del Estatuto Básico del Empleado Público establece una duración máxima de seis meses para la medida cautelar de suspensión provisional de funciones y en el caso examinado no existía riesgo de reiteración delictiva, ni de destrucción u ocultación de fuentes de prueba relevantes (al no haberse acordado por el Juez instructor su ingreso en prisión provisional), ni habiéndose acordado la retirada de su arma reglamentaria, ni ninguna otra medida que impida el desempeño de su función policial, por lo que procedía estimar el recurso y declarar que la duración máxima de la suspensión provisional impugnada debió limitarse a seis meses.

El Ayuntamiento de Bilbao promovió recurso de casación, que fue admitido y quedó fijado como interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia «si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, según dispone el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, resulta también de aplicación durante la sustanciación de un procedimiento judicial penal, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo» (FD 2).

Tal y como nos ocurría en otro apartado de esta crónica, asuntos similares habían llegado al Tribunal Supremo y habían sido resueltos mediante las sentencias de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 14 de julio de 2020 (recurso de casación 1187/2018), de 2 de diciembre de 2020 (recurso de casación 7290/2018) y 10 de mayo de 2021 (recurso de casación 5877/2018).

Ahora, el fallo judicial al que nos referimos es la *sentencia de veintiuno de julio de 2022* (1082/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 2248/2021). De forma similar a esos casos anteriores, la doctrina de interés casacional que establece ahora el Tribunal supremo es la siguiente: «en un caso como el aquí enjuiciado, concerniente a la duración de las medidas cautelares adoptadas en un procedimiento disciplinario respecto a un funcionario de cuerpo de policía local por hechos que están siendo objeto de investigación en un procedimiento penal en que el dicho funcionario tiene la condición de investigado, la medida cautelar de suspensión de funciones puede adoptarse por la autoridad administrativa que ostenta la competencia de dirección de la policía local (...) hasta la finalización del procedimiento penal por resolución definitiva, y aun cuando no se haya impuesto por la jurisdicción penal medida cautelar que impida la prestación de servicios, si bien respecto a los efectos económicos habrá de aplicarse la limitación establecida en la legislación específica del régimen general de funcionarios, todo ello de conformidad con los principios establecidos en el art. 8.3 en relación con el art. 52 de la LOFCSE y las disposiciones de derecho autonómico que las complementan» (FD 3).

Recordemos que lo que señala el citado art. 8.3 L de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Segu-

ridad del Estado es que «Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios», lo que constituye una especificidad legal del régimen de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; en definitiva, existe la posibilidad de que el órgano que ostente la dirección de personal de la policía local acuerde la prolongación de la medida cautelar de suspensión provisional de funciones. El Estatuto Básico del Empleado Público, que tiene rango de ley ordinaria, no deroga de manera expresa precepto alguno de la LOFCSE (la disposición derogatoria general

del EBEP no afecta a las normas de carácter orgánico) y debe ceder, pues, ante la LOFCSE: «la previsión del art. 8.3 LOFCSE en cuanto a procedimientos disciplinarios y su relación con procedimientos penales por los mismos hechos, y en particular la duración de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, es una norma de rango de ley orgánica, de carácter estatutario, y por ende de aplicación común a las Policías Locales en tanto integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como disposición estatutaria propia de carácter común» (FD 3). Por todo ello, procede la estimación del recurso de casación, con revocación de la sentencia de apelación, ya que ha vulnerado el artículo 8.3 de la LOFCSE y ha aplicado indebidamente el artículo 98.3 del EBEP.