

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
Sala de lo Contencioso-administrativo
Ponente: María Antonia Lallana Duplá
Sentencia de 9 de junio de 2016

Ilmos. Sres.:

Presidente

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Magistrados

Doña MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ
Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ
Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a nueve de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 901/16

En el recurso contencioso-administrativo núm. 988/14 interpuesto por la FEDERACION DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS, representada por la Procuradora Sra. Gómez Urbán, y defendida por el Letrado Sr. Hernández Moreno, contra la ORDEN EDU/423/2014, de 21 de mayo, por la que se establece la adaptación de la regulación de las vacaciones, los permisos y las licencias del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, para el personal funcionario docente de las enseñanzas no universitarias que presta sus servicios en los centros públicos y servicios de apoyo a los mismos, dependientes de la Consejería competente en materia de Educación (BOCyL de 5 de junio de 2014), siendo parte demandada la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN (Consejería de Educación), representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente la Magistrada doña María Antonia Lallana Duplá, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución expresada en el encabezamiento.

SEGUNDO.-Por interpuesto y admitido el presente recurso y recibido el expediente administrativo, la parte actora formuló demanda, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución e interesando en el suplico de la demanda, en lo que ahora nos interesa (pues con posterioridad la actora desistió de parte de sus pretensiones anulatorias) se dicte sentencia por la que: *-Se declare nulo, anulable, o revoque la Orden impugnada en cuanto a los extremos que han sido objeto del presente recurso y reconozca:*

"-El derecho de los funcionarios docentes al disfrute del permiso por asuntos particulares contemplado en el artículo 48, letra k) de la Ley 7/2007 de 12 abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

-El derecho de los funcionarios docentes a que el permiso o reducción de jornada regulado en el artículo 27 de la Orden impugnada para el cuidado de hijos menores afectados de cáncer u otras enfermedades graves sea concedido aunque el otro progenitor, distinto del propio funcionario docente no trabaje.

Y en todo caso con imposición de las costas en caso de una hipotética integra desestimación del recurso."

TERCERO.-La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido.

CUARTO.-Contestada la demanda se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, acordado denegar el recibimiento del proceso a prueba por innecesaria.

Se formuló por la partes el escrito de conclusiones.

Declarados los autos conclusos se señaló para votación y fallo el día 26 de mayo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Son objeto del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes artículos de la ORDEN EDU/423/2014, de 21 de mayo, por la que se establece la adaptación de la regulación de las vacaciones, los permisos y las licencias del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, para el personal funcionario docente de las enseñanzas no universitarias que presta sus servicios en los centros públicos y servicios de apoyo a los mismos, dependientes de la Consejería competente en materia de Educación:

a) Artículo 15, sobre Permiso por asuntos particulares. *"No será de aplicación al personal funcionario docente el permiso por asuntos particulares previsto en el artículo 39.f) del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre".*

b) Artículo 27, sobre Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. *1 "El personal funcionario docente 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 realizando 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. (...).

5. En aquellos supuestos en que una reducción de jornada no dé respuesta a la necesidad a las que se trata de dar cobertura con este permiso, tales como las fases críticas de la enfermedad grave o cáncer del hijo menor que de acuerdo con los informes correspondientes requieran de una presencia más intensa de los padres, o en aquellos supuestos en los que en razón de la distancia entre el centro de trabajo y el centro hospitalario no resulte viable una reducción de jornada, se podrá autorizar que esta reducción de jornada se acumule en jornadas completas durante el tiempo que resulte estrictamente necesario”.

La parte actora impugna este último artículo en cuanto exige que para que el funcionario docente tenga derecho al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave que ambos progenitores trabajen.

Alega en la demanda la parte actora que el artículo 15 establece que al personal funcionario docente no le será de aplicación el permiso por asuntos particulares previsto en el artículo 39.1.f) del Decreto 59/2013 de 5 septiembre. Este permiso por asuntos particulares no se establece en el citado Decreto 59/2013 sino que está establecido en el artículo 59 de la Ley 7/2005, de 24 mayo de Función Pública de la Comunidad de Castilla y León y en el artículo 48, letra k) de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público. Alega que es una Ley la que establece este permiso y no puede vulnerarse la misma por una disposición reglamentaria como es la Orden objeto de impugnación. Además no cabe entender que la supresión de este permiso sea amparable en lo dispuesto en el mismo EBEP, artículo 2.3 pues el mismo se refiere a la legislación específica dictada para los docentes y no a las normas de carácter reglamentario. Sólo leyes específicas podrán regular su régimen funcional, no cualquier disposición de carácter general, y éstas habrán de tener su razón de ser en la naturaleza y funciones desempeñadas. Y en este caso la Comunidad Autónoma de Castilla y León dictó la Ley 7/2005, de 24 mayo de Función Pública de la Comunidad que en su artículo 2, ámbito de aplicación estableció en el punto 2 que los preceptos de dicha ley son de aplicación al personal docente no universitario “*en aquellas materias que no se encuentran reguladas por la normativa básica y específica que la desarrolla*”. Y no existe ninguna normativa básica y específica que establezca que los docentes no deban tener este permiso por asuntos particulares. Ha de tenerse en cuenta que los docentes tienen los mismos permisos que el resto de funcionarios, tienen unas vacaciones anuales de un mes a disfrutar en agosto, por lo que no existe ninguna razón para denegarles este permiso.

Entiende que procede dejar sin efecto el citado artículo y que se reconozca el derecho de los docentes al disfrute de este permiso por asuntos particulares. Y en el escrito de conclusiones añade a los argumentos de la demanda que la regulación actual del EBEP impone que los permisos que se contemplan en su artículo 48 sean disfrutados por todos los funcionarios sin excepción a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior. Alega que tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que tiene por objeto, según se expresa en su exposición de motivos homogenizar el régimen de permisos para todas las administraciones públicas, resulta que la citada norma deja de configurarse como una norma supletoria, para constituirse en norma básica, de manera que cualquier regulación de las Administraciones Públicas, que se haya realizado en materia de permisos deberá respetar los permisos reconocidos en el artículo 48 del EBEP. Por otro lado, procede el reconocimiento del permiso de asuntos particulares conforme al sistema de fuentes diseñado en el artículo núm. 2 del Decreto 59/2013, que coincide en remitir a la aplicación del Estatuto Básico con carácter previo a la aplicación de la Orden de la Consejería de Educación. Finalmente indica que aun siendo cierto que los docentes tienen peculiaridades en orden a los períodos lectivos y no lectivos ello en modo alguno significa que durante los períodos no lectivos los docentes estén absolutamente exentos de la obligación de acudir a sus centros de trabajo, por lo que no cabe equiparar los días no lectivos como días de permiso del docente al carecer tal equiparación de respaldo legal.

En cuanto a la segunda de las pretensiones, la referida al artículo 27.1 que exige para que el funcionario docente tenga derecho al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave que ambos progenitores trabajen, expone en la demanda que la finalidad de este permiso, que se encuadra tanto en la Orden impugnada como en el Estatuto Básico del Empleado Público como un permiso destinado a la conciliación de la vida familiar y laboral, es semejante a la del permiso de lactancia, es decir se debe considerar como un mero tiempo de cuidado favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral. Con la redacción actual no se logra tal conciliación pues se hace descansar invariablemente en el cónyuge que no trabaja la asunción de estas tareas privando al cónyuge que trabaja del derecho a cuidar y asistir a su hijo, y no permitiendo al cónyuge que no trabaja que pueda participar en medidas de formación, búsqueda de empleo, etc. que le permitan incorporarse al mercado de trabajo; teniendo en cuenta que estadísticamente la incorporación en España de la mujer al trabajo es aún deficiente, y mucho menor que la de los hombres, una medida como la controvertida no hace sino perpetuar estas desigualdades; y resulta contraria al derecho a la igualdad en cuanto discrimina injustificadamente aquellos progenitores en los que uno de ellos no trabaja frente a las parejas en las que ambos trabajan. Así considera que esta desigualdad de trato entiende que no resulta razonable ni proporcionada y por tanto resulta contraria al artículo 14 de la Constitución española. Considera que esta norma resulta contraria a la normativa comunitaria que cita (Directiva 76/207, Directiva 2002/73 y la Directiva 96/34) procediendo o bien el planteamiento de una cuestión prejudicial al TSJCCEE o bien mediante la aplicación directa de las citadas Directivas, que se reconozca el derecho solicitado. También solicita la actora el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 49, letra e) del EBEP aprobado por Ley 7/2007, de la que se deriva el artículo 27 de la norma

impugnada, o sin dicho planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se declare el artículo 27 de la norma impugnada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución española y se proceda a declarar la nulidad del mismo. Invoca en fundamento de esta pretensión del artículo 39 de la Constitución que recoge el principio de protección integral de los hijos.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se opone a la demanda alegando respecto a la impugnación del artículo 15 de la referida Orden que el Sindicato impugnante se está olvidando de la posibilidad, debido a las características propias del colectivo docente no universitario, de que puedan dictarse normas específicas de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 7/2005 de 24 mayo, de la Función Pública de Castilla y León y artículo 2.3 de la Ley 7/2007, de 12 abril del Estatuto Básico del Empleado Público. Como ejemplo claro de las diferencias a las que se están recibiendo menciona la Orden EDU/405/2014, de 21 mayo, por la que se establece el calendario escolar para el curso académico 2014/2015, en los centros docentes no universitarios de la Comunidad de Castilla y León. Con base en esta regulación resulta que el personal docente no acude a su puesto de trabajo un amplio número de días por ser coincidentes los periodos vacacionales y días no lectivos, que ninguno de los colectivos que conforman el personal al servicio de la Administración de Castilla y León disfruta. Asimismo la especificidad del colectivo docente en la estructura de la jornada laboral se recoge en el artículo 3 de la Orden EDU/491/2012, de 27 junio; existiendo por tanto una parte de su jornada que no se imparte en centros de trabajo sino fuera del mismo como horas dedicadas a preparación de tareas docentes. Por tanto a tenor de las peculiaridades del colectivo docente el propio Decreto 53/2013, de 5 septiembre, admite las adaptaciones que puedan resultar necesarias en desarrollo y aplicación del referido Decreto conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 2, los cuales se han llevado a cabo por la Orden 423/2014, de 21 mayo impugnada este recurso. Finalmente en lo que afecta a la impugnación del artículo 27.1 primer inciso de la Orden impugnada en lo relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave expone que este permiso se considera como un tiempo de atención adecuada del menor y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral y como tal medida debe existir la necesidad de atención al menor y la misma surge cuando ambos progenitores trabajan. No hay que olvidar que el bien jurídico protegido de este permiso es la atención al menor, de ahí que cuando ambos trabajen, como mínimo uno podrá darle esa atención y si deciden hacerlo ambos, sólo uno de ellos podrá disfrutar del permiso. Luego, no se trata de una cuestión de desigualdad entre hombres y mujeres, sino que el permiso de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave ha de entenderse como un mecanismo para lograr la igualdad, pero en el ámbito laboral. No resulta aplicable la referencia a la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación, en cuanto que el bien jurídico protegido en el caso debatido es la atención adecuada al menor cuando ambos progenitores trabajan; lo contrario comportaría desvirtuar el bien jurídico protegido e incluso abrir la puerta a posibles fraudes de ley en la concesión de permisos que sirven a un fin bien determinado. Por estas razones mantiene la legalidad de la Orden impugnada y solicita la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.-Dado el planteamiento de carácter general que es efectuado por la parte actora hemos de comenzar por analizar la posibilidad de desarrollo de la normativa básica del Estado por parte de las Comunidades Autónomas a través de su legislación específica, teniendo en cuenta que se trata de un reglamento ejecutivo sectorial que tiene por objeto el desarrollo de la Ley 7/2005, del 24 mayo de la Función Pública de Castilla y León, en cuanto se adapta la regulación de las vacaciones, los permisos y las licencias del Decreto 59/2013, para el personal funcionario docente.

Respecto de esta cuestión la Sentencia de esta Sala, Sección Primera, de fecha 1 de octubre de 2014, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1207/2013, mantuvo lo siguiente:

«Una vez enmarcado el cuadro normativo de aplicación hemos de referirnos a los caracteres de la normativa básica del Estado y las posibilidades de desarrollo de la misma por las Comunidades Autónomas.

Al respecto ha de decirse que el Legislador autonómico puede siempre dar una respuesta diferente al legislador básico que adapte lo previsto en dicha legislación básica como común denominador normativo. Obviamente dicha legislación autonómica podrá ser objeto de desarrollo a través de los reglamentos ejecutivos de las leyes, que han de respetar el principio de legalidad en los términos que derivan del artículo 103.3 de la Constitución Española.

Sobre esta cuestión puede traerse a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2004, n.º 194/2004, la cual expresa:

"En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad -ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)-, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16) (STC 197/1996, FJ 5 a)".

Y sobre el concepto de legislación básica del Estado ha precisado la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, n.º 98/2004, lo siguiente: "En segundo término, y en relación al concepto de "bases", nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional.

Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 7; 24/2002, de 31 de enero, FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 8, en torno al concepto de lo "básico"). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16ª del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3 ; 80/1985, de 4 de julio, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)".

De esta manera no puede quedar vetado a las Comunidades Autónomas la posibilidad que estas efectúen también una normación en la materia, sin perjuicio de que se deba respetar el parámetro de lo materialmente básico, definido por el Estado, en cuanto que existe un interés general que exige dar un tratamiento normativo unitario, definidor del "común denominador normativo" aplicable a todo el territorio estatal. Con el respeto a dicha normativa básica las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo, que permitan desarrollar su específica política en la materia.

De todo ello se desprende que el legislador autonómica a través de su legislación específica, y la Administración al ejercer su potestad reglamentaria en desarrollo de la misma, pueden llegar a una regulación de carácter distinto, a la establecida con carácter general en la legislación del Estado, a condición de que se respete en todo caso el contenido básico de la legislación estatal."

TERCERO.-La primera cuestión planteada concerniente a la legalidad del artículo 15 de la Orden impugnada, concierne a si tiene o no derecho el personal funcionario docente a la aplicación del permiso por asuntos particulares previsto en el artículo 39. f) del Decreto 59/2013, de 5 septiembre.

El citado artículo 39 dispone "Permisos de carácter general. Se concederán permisos, con derecho a la totalidad de las retribuciones salvo los supuestos de incompatibilidad legalmente establecidos, previo aviso cuando fuera posible y posterior justificación acreditativa por alguno de los motivos siguientes y por el tiempo que se indica:

f) Por cada año natural completo de servicio activo, con subordinación a las necesidades del servicio y previa autorización, se concederán tres días hábiles de

permiso por asuntos particulares (...)”

En lo que respecta al régimen jurídico especial del personal docente la Ley 7/2005, de 24 mayo, de la Función Pública de Castilla y León en la exposición de motivos, apartado I, recoge... *Respecto del personal docente, se dispone que se regirá por la normativa básica del Estado y por esta Ley en lo no regulado por aquélla, estableciéndose, tanto respecto de este personal como del investigador y sanitario, la posibilidad de dictar normas que adecuen la Ley a sus peculiaridades” y el artículo número 2 “Ámbito de aplicación: 2. Los preceptos de esta ley serán de aplicación al personal docente no universitario en aquellas materias que no se encuentran reguladas por la normativa básica y específica que la desarrolla”.*

La Ley 1/2012, de 28 febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de Castilla y León, recoge una serie de modificaciones urgentes entre otras materias en la de personal, así en su exposición de motivos, apartado IV refiere que el título cuarto recoge un conjunto de medidas en materia de personal con el fin de contribuir a los objetivos de aceleración en la reducción del déficit y de sostenibilidad fiscal... En el ámbito de personal, las medidas que se incluyen son de naturaleza estructural... Se hace referencia a la revisión de la jornada de trabajo en los distintos ámbitos de la Administración que, por sí misma, incrementará la productividad del personal a su servicio. Las medidas afectan a todo el sector público, en cualquiera de sus ámbitos: administración general y servicios, educación y sanidad.... Y el mencionado título “*Normas en materia de personal*” está dividido en tres capítulos. El primero bajo la rúbrica “*Disposiciones generales*”, el segundo y tercero, respectivamente bajo la de “*Sector de educación*” y “*Sector sanitario*”. Como se ha indicado en la sentencia de este TSJ, sede de Burgos de 21 de enero de 2016 (rec. cas. en interés de ley 1/2015), “...*mediante la revisión de la jornada de trabajo en los distintos ámbitos de la Administración, distinguiéndose tres en la Exposición de Motivos: administración general y servicios, educación y sanidad; diferenciación que se traslada al título cuarto, dividido en tres capítulos que se corresponden a los tres ámbitos singularizados en la Exposición de motivos y en la normativa que hasta entonces regulaba la jornada de trabajo*”

Y el Decreto 52/2013, del 5 septiembre, por el que se regula la jornada, el horario, las vacaciones, los permisos y las licencias del personal funcionario al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en su preámbulo tras hacer referencia a que la publicación y entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la ley siete/2007, de 12 abril, vino a introducir en el régimen autonómico determinadas modificaciones, básicamente en lo referente a los permisos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por violencia de género, así como a configurar un régimen de mínimos perfectamente compatible con la regulación autonómica propia en materia de vacaciones y en el resto de los permisos, hace especial referencia a, entre otras normas, las alteraciones operadas en lo relativo a vacaciones y permisos mediante la modificación del Estatuto Básico del Empleado Público, efectuada por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, que han supuesto la subsiguiente modificación de la Ley 7/2005 del 24 mayo de la Función Pública de Castilla y León en estos particulares por medio de la Ley 9/2012, de 21 diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas. Añade, que este nuevo marco legal impone la adaptación de las previsiones contenidas en

la regulación autonómica anterior.

Y el artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

“1.El presente decreto será de aplicación al personal funcionario de carrera al servicio de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de sus Organismos Autónomos incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2005, de 24 mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

Queda excluido, por tanto del presente decreto el personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León así como el personal laboral.

2. El personal funcionario docente de la Consejería competente en materia de educación y el resto del personal funcionario docente que presta sus servicios en centros docentes no universitarios no dependientes de esa Consejería se registrá, en todo lo que no se encuentra regulado por la normativa básica y la legislación específica de aplicación, por lo que al respecto se disponga en sus correspondientes normas reglamentarias y, en su defecto y sin perjuicio de las adaptaciones que resulten necesarias, por lo dispuesto en el presente decreto.

El personal funcionario docente que preste servicios en centros administrativos, no docentes, se registrá por lo previsto en el presente decreto.”

(...)

La Disposición final tercera. Facultades de adaptación: *“Las adaptaciones que respecto de los funcionarios docentes y sanitarios puedan resultar necesarias en desarrollo y aplicación del presente decreto, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 2, se llevarán a cabo por Orden del respectivo Consejero competente”.*

La Orden impugnada, EDU/423/2014, de 21 mayo, por la que se establece la adaptación de la regulación de las vacaciones, los permisos y las licencias del Decreto 59/2013, del 5 septiembre, para el personal funcionario docente de las enseñanzas no universitarias que presta sus servicios en los centros públicos y servicios de apoyo a los mismos, dependientes de la Consejería competente en materia de Educación, recoge en su preámbulo el artículo 2.2 del Decreto 59/2013, así como la disposición final tercera del citado Decreto, y añade que: *“Teniendo en cuenta las peculiaridades de la prestación del servicio educativo por el personal docente de los centros públicos no universitarios y servicios de apoyo a los mismos, y con el objetivo de facilitar la conciliación de los derechos del personal docente con el correcto funcionamiento del servicio público educativo como interés general se hace necesario adaptar el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal funcionario docente destinado en los mismos”.*

Y en lo que atañe a la regulación estatal el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 abril, (actualmente derogada tras entrar en vigor el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) estableció las bases del régimen estatutario de los funcionarios, Recoge la exposición de motivos de dicha ley (...) *“En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último*

caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requiera. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud....Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común”.

El artículo 2. Ámbito de aplicación, dispone: *“El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”.*

La redacción inicial del artículo 48, Permisos de los funcionarios públicos, establecía un régimen supletorio básico:

1. Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

(...) k) Por asuntos particulares seis días.

2. Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.

Esta regulación básica fue modificada por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. La Exposición de motivos, en el apartado II parte del presupuesto de la actual coyuntura económica y la necesidad de reducir el déficit público sin menoscabar la prestación de los servicios públicos esenciales... refiere que el Gobierno ya ha adoptado medidas de contención de gastos de personal, así el Real Decreto 20/2011, de 30 diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria tributaria y financiera para la corrección del déficit único establece medidas respecto al año 2012 sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público, además ha fijado la jornada de trabajo del sector público estatal en 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio cómputo anual. Establece que *“Las medidas recogidas en este título suponen un sacrificio de especial intensidad para todos aquellos que reciben retribuciones con cargo a recursos públicos. Razones de justicia justifican que estas medidas se extiendan a todos los servidores públicos con independencia de la naturaleza de la entidad de la que dependen y de su estatuto. La universalidad que fundamenta esta reforma evitar la discriminación entre grupos y sectores”.*(...)Se reducen los días de libre disposición. Además se suprimen los días adicionales por antigüedad tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares y se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones. Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones públicas. Con la misma finalidad de racionalizar el gasto de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre

disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones.

“Título I

Artículo 8. Modificación de los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 abril, de Estatuto Básico del Empleado Público y medidas sobre días adicionales establece:

Uno. Se modifica el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en los siguientes términos:

*Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.
Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:
k) Por asuntos particulares, tres días”.*

Disposición final cuarta. Títulos competenciales.

“El Título I de este real decreto tiene carácter básico en virtud del artículo 149.1.13, 149.1.18ª y 156.1 de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, excepto los artículos 3,4,5 y 6, los apartados 3 y 4 del artículo 9, el artículo 12, los apartados 2 a 7 del artículo 13 y los artículos 14 y 15, que sólo son de aplicación a la Administración General del Estado.”

Expuesta la normativa aplicable al tema debatido tenemos que sacar las siguientes conclusiones. Según el artículo 1 del Estatuto Básico del Empleado Público éste tiene como objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, y en lo que se refiere a dicho ámbito de aplicación el artículo 2.3 dispone respecto del personal docente que *“se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto capítulo II del título III, salvo el artículo 20 y los artículos 22.3, 24 y 84”* (excepción que afecta a la carrera profesional, la promoción interna, las retribuciones complementarias y la movilidad voluntaria entre administraciones públicas, materias ajenas al debate enjuiciado); y conforme al art. 2.2 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública, los preceptos de esta Ley *“se aplican al personal docente no universitario en aquellas materias que no se encuentren reguladas por la normativa básica y específica que la desarrolla”*. En consecuencia, el personal docente, tal y como establece con carácter básico el Estatuto Básico de Empleado Público para todos los funcionarios, no está excluido del disfrute del permiso por asuntos particulares retribuidos; por tanto procede reconocer el derecho de los funcionarios docentes al permiso por asuntos particulares discutido.

Por último, se indica que no resulta aplicable el criterio mantenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 septiembre 1993, alegada por Administración autonómica, ya que aplica una regulación diferente a la vigente; tampoco resulta aplicable el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Social de 27 marzo 2014,

pues resuelve un conflicto surgido con el personal laboral docente que tiene un régimen jurídico distinto del ahora discutido.

TERCERO.-Sin embargo, no cabe acoger la impugnación que realiza la parte actora del artículo 27.1 de la Orden impugnada que exige para que el funcionario docente tenga derecho al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave que ambos progenitores trabajen.

Ha de tenerse en cuenta que dicho permiso se considera como un tiempo de atención adecuada al menor y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral, y como tal medida debe existir la necesidad de atención al menor y la misma surge cuando ambos progenitores trabajan, caso contrario de conceder este permiso al otro progenitor sin que la mujer/hombre trabaje desvirtuaría la regulación existente y la razón por la que se regula y concede dicho permiso. Ha de tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido en este permiso es la atención al menor y de ahí que cuando ambos trabajen como mínimo uno podrá prestarle esa atención y si deciden hacerlo ambos, sólo uno de ellos podrá disfrutar del permiso retribuido.

En absoluto se trata de una cuestión de desigualdad entre hombres y mujeres como pretende la parte apelante, la regulación de este permiso para nada vulnera el principio de igualdad de sexo sancionado en el artículo 14 de la Constitución y que ha sido la base para anular por discriminación injustificada, en nuestra sentencia de 13 febrero 2015, dictada en el procedimiento ordinario número 916/2014 el artículo 23.2 impugnado en relación con el permiso de lactancia que establecía que *“en caso de disfrute por el padre deberá solicitarlo con carácter previo y acreditar la condición de trabajadoras de la madre y el no disfrute por la misma de este permiso”*. Tampoco cabe apreciar una situación de desigualdad en relación a los supuestos en que solo trabaje uno de los padres, pues los términos de comparación en estos casos y las situaciones personales son muy diferentes, en esencia, al estar cubierta la necesidad de atención al menor.

No existiendo vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, ni una regulación discriminatoria de la mujer, no se entiende vulnerada la normativa comunitaria ni constitucional alegada, ni por tanto justificado el planteamiento de cuestión prejudicial al TSJCCEE ni cuestión de inconstitucionalidad alguna.

CUARTO.-Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, vigente desde el 31 de octubre de 2011, y dada la estimación parcial de la demanda, procede no efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de enseñanza de comisiones obreras, contra la ORDEN EDU/423/2014, de 21 de mayo, por la que se establece la adaptación de la regulación de las vacaciones, los permisos y las licencias del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, para el personal funcionario docente de las enseñanzas no universitarias que presta sus servicios en los centros públicos y servicios de apoyo a los mismos, dependientes de la Consejería competente en materia de Educación, declarando la nulidad de pleno derecho del artículo 15 de la Orden impugnada, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, y reconociendo el derecho de los funcionarios docentes al disfrute del permiso por asuntos particulares contemplado en el art. 48, letra k) de la Ley 7/2007 de 12 de abril del EBEP; y desestimamos las restantes pretensiones de la demanda recogidas en el antecedente de hecho segundo de esta resolución; y sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales, dejando el original en el libro correspondiente.

Una vez firme, publíquese en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de diez días, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En VALLADOLID, a dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA