



Roj: **SJCA 5503/2021 - ECLI:ES:JCA:2021:5503**

Id Cendoj: **26089450012021100187**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2021**

Nº de Recurso: **152/2021**

Nº de Resolución: **248/2021**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **CARLOS MARIA COELLO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1**

**LOGROÑO**

SENTENCIA: 00248/2021

Modelo: N11600

MARQUES DE MURRIETA 45-47

**Teléfono:** 941.296.436 **Fax:** 941.296.435

**Correo electrónico:** contenciosoadministrativo1@larioja.org

Equipo/usuario: CCM

**N.I.G:** 26089 45 3 2021 0000280

**Procedimiento:** PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000152 /2021 / A

**Sobre:** FUNCIONARIOS PUBLICOS

De D/Dª : Emiliano

**Abogado:** JOSE LUIS ACHA LATORRE

**Procurador D./Dª :**

**Contra D./Dª** CONSEJERIA DE SERVICIOS SOCIALES Y GOBERNANZA PUBLICA

**Abogado:** LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador D./Dª

**SENTENCIA 248/2021**

En LOGROÑO, a diecisiete de diciembre de dos mil veintiuno.

-El Sr. D. Carlos COELLO MARTÍN, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de LOGROÑO ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 152/21 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna la resolución del Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública de 8 de Abril de 2021 por la que desestima el recurso de alzada que presentó el recurrente el día 24 de Febrero de 2021 ante dicha autoridad contra la Resolución de 28 de Enero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior que le denegaba su solicitud de permiso por deber inexcusable de carácter personal instándole a consumir días de vacaciones o de asuntos particulares.

-Son partes en dicho recurso: como recurrente D. Emiliano representado y dirigido por el Letrado Sr. **ACHA LATORRE**.

-Como demandada la **CONSEJERIA DE SERVICIOS SOCIALES Y GOBERNANZA PUBLICA**, representada y dirigida por el **Letrado DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA RIOJA**.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Por el Letrado Sr. **ACHA LATORRE**, actuando en nombre y representación de Don Emiliano se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la **Resolución del Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública de 8 de Abril de 2021 por la que desestima el recurso de alzada que presentó el recurrente el día 24 de Febrero de 2021 ante dicha autoridad contra la Resolución de 28 de Enero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior que le denegaba su solicitud de permiso por deber inexcusable de carácter personal instándole a consumir días de vacaciones o de asuntos particulares**.

**SEGUNDO.** - Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el **procedimiento abreviado 152/2021**. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el expediente y convocar a las partes al acto del juicio para el día 14 de diciembre de 2020.

**TERCERO.** - Se ha celebrado el acto del juicio el día señalado con la asistencia de las partes.

1.- Comparece personalmente el actor y es asistido por el letrado Sr. **ACHA LATORRE**.

1.1.- La Administración demandada en la forma prevenida en la LOPJ y en el artículo 24 de la LJCA por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la CAR.

2.- La actora se ratificó en su demanda, interesando el recibimiento a prueba.

3.- La representación procesal de la demandada interesó la desestimación de la demanda.

4.- Se recibió el procedimiento a prueba en la forma prevenida en el artículo 78 de la LJCA con el resultado que obra en las actuaciones.

5.- Las partes formularon los correspondientes resúmenes de prueba en la forma prevista en el artículo 78 de la LJCA.

6.- Se ha grabado la vista en soporte audiovisual.

**CUARTO.** - En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

A los efectos de lo previsto en el nº 3 del art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se declaran los siguientes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. - OBJETO DEL RECURSO.**

1.- Impugna la actora la **Resolución del Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública de 8 de Abril de 2021 por la que desestima el recurso de alzada que presentó el día 24 de Febrero de 2021 contra la Resolución de 28 de Enero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior que le denegaba su solicitud de permiso por deber inexcusable de carácter personal instándole a consumir días de vacaciones o de asuntos particulares**.

**SEGUNDO. - PRETENSIÓN DE LA ACTORA**

1.- La actora interesa en su escrito de demanda que se dicte Sentencia, por la que, estimando íntegramente la presente demanda: - declare nula de pleno derecho o se anule y se deje sin efecto la resolución aquí impugnada por no ser ajustada a Derecho, - reconozca el derecho del recurrente a disfrutar del permiso por **deber inexcusable de carácter personal durante el período comprendido entre los días 25 a 29 de Enero de 2021, ambos incluidos, sin necesidad de consumir días de vacaciones o asuntos particulares**, - se condene a la administración demandada al abono de las costas causadas, condenando a la administración a estar y pasar por dichas declaraciones y condenas, con los demás pronunciamientos legales que procedan.

2.- La actora articula una pretensión declarativa anulatoria y de condena en relación con la denegación del permiso indicado

**TERCERO. - MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.**

La actora funda su recurso en diversos motivos de impugnación que, sucintamente, recogemos.

**I.- Sobre la condición de funcionario interino del actor.**

1.- Que su patrocinado es " *funcionario interino de la Administración de Justicia en La Rioja, pertenece al Cuerpo de Auxilio Judicial y presta sus servicios para esta administración en el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Logroño (La Rioja)*.



1.1.- El puesto de auxilio judicial es " incompatible con la modalidad de acceso remoto al puesto de trabajo.

1.2.- El actor " es padre de un niño menor de 14 años, Leoncio , que cursa estudios de Quinto de Primaria en el año académico 2020/2021 en el DIRECCION000 de DIRECCION001 (La Rioja).

## **II.- Sobre el confinamiento del menor con motivo del COVID 19**

1.- El pasado 21 de enero de 2021 su representado fue notificado oficialmente, a través de la plataforma Racima, por el centro donde su hijo cursa sus estudios para que permaneciera confinado en su domicilio sin poder acudir al centro educativo hasta el día 1 de Febrero de 2021 por haber tenido contacto estrecho con tres compañeros contagiados por Covid-19.

1.1.- Su prueba: Vide doc.nº 1 y como doc.nº 2 el certificado emitido por el centro educativo el día 17 de Febrero de 2021, que acredita la situación académica del hijo menor de 14 años del recurrente y como debió estar confinado en su domicilio desde el día 19 de enero hasta el día 1 de Febrero de 2021 "para seguir los protocolos anti COVID."

## **III.- De la petición de un permiso por deber inexcusable.**

1.- El actor solicitó en tiempo y forma el día 23 de Enero de 2021 el permiso por deber inexcusable de carácter personal recogido en el artículo 48 j) del EBEP dada la " imposibilidad de realizar su trabajo en la modalidad de acceso remoto y considerando que la adaptación horaria tampoco era viable, el recurrente solicitó dicho permiso para el período comprendido entre los días 25 a 29 de Enero de 2021, ambos incluidos, con la conformidad del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Logroño.

2.- La Resolución de la Dirección General de Justicia e Interior de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja le comunicaba que "el supuesto que nos expone no está contemplado ni en la Orden JUS/504/2020 de 5 de Junio ni en la Resolución de 8 de Junio de esta Dirección General de Justicia e Interior que son las disposiciones actualmente aplicables a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia."

2.1.- Añadía la resolución impugnada que "Si bien es cierto que la prestación del servicio en la modalidad de acceso remoto al puesto de trabajo, resulta inviable para el cuerpo de Auxilio Judicial, le recordamos que a día de hoy 28 de Enero de 2021, tiene pendientes de disfrutar 7 días hábiles de vacaciones más 4 de asuntos particulares correspondientes al ejercicio 2020, que esta Dirección General excepcionalmente permite disfrutarlo hasta el 31 de marzo de 2021."

3.- El actor dedujo el correspondiente recurso de alzada el 24 de febrero de 2021 que fue desestimado por la Resolución del 8 de Abril de 2021.

3.1.- Según la representación de la actora, la precitada resolución se amparaba en una resolución de la Dirección General de Justicia e Interior el día 26 de Febrero de 2021, es decir, con posterioridad a que sucedieran los hechos objeto de las presentes actuaciones.

3.2.- Como consecuencia de la citada resolución le fueron descontados los días de vacaciones que le corresponden en el presente año 2021, los cinco días que solicitó de permiso por deber inexcusable de carácter público y personal para poder atender a su hijo mientras estaba confinado en su domicilio por el protocolo anti COVID-19 en Enero de 2021.

## **IV.- Sobre los motivos de nulidad de las resoluciones denegatorias del permiso de cinco días interesado.**

1.- A juicio de la recurrente la resolución impugnada ha vulnerado los artículos 502 y siguientes de la LOPJ así como lo previsto en el artículo 48 j) del TREBEP de 2015 en relación con lo dispuesto en la Orden JUS/504/2020 de 5 de Junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 que fue debidamente actualizada por el Ministerio de Justicia el día 26 de Octubre de 2020 y que actualmente se encuentra en vigor.

1.1.- Sostiene la representación de la actora que la normativa indicada es de aplicación al recurrente en tanto que funcionario interino de la Administración de Justicia " al tiempo en que sucedieron los hechos objeto del presente recurso, ostenta un rango normativo jerárquico superior a las resoluciones dictadas por la Dirección General de Justicia e Interior de la Comunidad Autónoma de La Rioja y que han sido aludidas de contrario en la resolución recurrida.

1.2.- Según la recurrente atendiendo a las indicadas "Actualizaciones y aclaraciones técnicas para las situaciones generadas por el COVID-19 en la Administración de Justicia", del Ministerio de Justicia del 26 de Octubre de 2020, en el sub apartado b) del apartado 6, denominado "Permisos en los períodos de aislamiento o contagio del personal funcionario y de otras personas convivientes y dependientes, como consecuencia del



virus COVID-19" expone: "Período de aislamiento del personal funcionario de la Administración de Justicia como consecuencia de terceras personas convivientes y dependientes que sean contactos estrechos de un caso. En el apartado Segundo de la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (que en la fecha actual mantiene su vigencia), se dispone: "Sin perjuicio de la sujeción de todo el personal a las necesidades del servicio y de su disposición, cuando se les requiera, para la prestación de los servicios públicos encomendados a la Administración de Justicia, se entenderá que todos los funcionarios de esta Administración que actualmente se encuentren de permiso por deber inexcusable, mantendrán su vigencia en la nueva fase 3, extinguiendo sus efectos el 21 de junio de 2020. En todo caso, la excepcional utilización de este permiso en la actual situación quedará restringida a los casos debidamente acreditados y justificados, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral. El permiso por deber inexcusable afectará a los empleados de la Administración de Justicia con hijos/hijas menores de 14 años (los hijos de 14 o más años no darán lugar a la renovación de este permiso, salvo que se acrediten otras circunstancias de dependencia), o con personas mayores dependientes, que no pudieran flexibilizar su horario de trabajo con las alternativas existentes en su ámbito territorial, o que no pudieran desarrollar la actividad ordinaria en la modalidad de teletrabajo. Los restantes permisos y licencias de los empleados públicos, entre los que expresamente se incluyen los días de vacaciones, los asuntos particulares y los asuntos propios, mantienen intacta su efectividad y los criterios de su devengo." En otras palabras, cuando el hijo menor de 14 años o persona mayor dependiente esté obligado a cumplir la cuarentena, pero no haya dado positivo en una PDIA, el progenitor, tutor legal, o cuidador (en los tres casos mencionados el funcionario/a sería conviviente con la persona confinada), podrá, previa autorización de su responsable, continuar prestando sus servicios, de manera completa o parcial, en la modalidad de teletrabajo o con otras alternativas sobre su horario laboral que puedan atenderse. Solo cuando sea imposible el desempeño de sus tareas mediante teletrabajo o con las adaptaciones horarias (por la propia naturaleza de las mismas o por impedimentos técnicos debidamente justificados), podrá recurrirse al permiso por deber inexcusable contemplado en el art. 48 j) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. La autorización para el teletrabajo, adaptación horaria o la concesión del permiso por deber inexcusable quedarán circunscritos a los días en los que el menor o mayor dependiente deba permanecer en cuarentena, de acuerdo con lo establecido por las autoridades sanitarias competentes." ( Vide Documento número 7).

2.- Entiende la representación de la recurrente que : **A)** el hijo menor de 14 años de su patrocinado tuvo que confinarse domiciliariamente hasta el 1 de febrero de 2021; **B)** que el actor por su puesto de trabajo en el cuerpo de auxilio judicial no podía prestar sus servicios en la Administración de Justicia en la modalidad de acceso remoto; **C)** por lo que el actor tenía derecho a disfrutar del permiso que solicitó los días 25 a 29 de Enero de 2021, ambos incluidos, por deber inexcusable de carácter personal recogido en el artículo 48.j) del EBEP de 2015 con la finalidad indicada, atendiendo a lo indicado en la Orden JUS/504/2020; **D)** que en consecuencia no precisaba "consumir" días de vacaciones o de asuntos particulares.

3.- Sostiene la representación del funcionario recurrente que la resolución impugnada, reconoce que " el permiso por deber inexcusable solicitado por el recurrente fue activado nuevamente tras la finalización del curso escolar 2019/2020".

3.1.- Sin embargo la Resolución de la Dirección General de Justicia e Interior de 26 de Febrero de 2021 activaba el permiso por deber inexcusable desde el día 1 de Enero de 2021 para "quienes tengan a su cargo personas menores de 14 años, así como para los que tengan a su cargo personas mayores de 14 años dependientes o con discapacidad, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y siempre que convivan en el domicilio familiar y se vean afectadas por medidas de confinamiento o aislamiento o por el cierre de centros educativos o de mayores podrán excepcionalmente solicitar permiso por razón de deber inexcusable."

3.2.- Añade la recurrente como la resolución combatida, sobre la base de la precitada resolución, arguye que el indicado permiso por "deber inexcusable" solo podría solicitarse cuando " resulte imprescindible" y no fuere " viable", " cualquier otra medida como la flexibilidad horaria, la prestación de servicios en la modalidad no presencial o la disponibilidad por el afectado de días pendientes de vacaciones o asuntos propios del año 2020, cuyo disfrute excepcionalmente y en atención a la situación sanitaria también se prorrogaron hasta el 31 de marzo de 2021."

3.3.- La resolución combatida finalmente concluía que " como el recurrente disponía de 7 días hábiles de vacaciones y 4 días de asuntos propios en el momento de solicitar el permiso, éste no le correspondía debiendo consumir dichos días de los días de vacaciones o asuntos propios que tenía pendientes en 2020.

4.- Sostiene la actora que la Resolución de 26 de Febrero de 2021 es jerárquicamente inferior a la Orden JUS/504/2020, de 5 de Junio y a sus actualizaciones y aclaraciones técnicas para las situaciones generadas



por el COVID-19 en la Administración de Justicia (doc.nº 7) vigentes actualmente y en el momento en que sucedieron los hechos y que son de aplicación al supuesto que nos ocupa y, en segundo término, porque no procede que le sea aplicada al recurrente la citada Resolución de la Dirección General de Justicia e Interior de 26 de Febrero de 2021 según se realiza de contrario en la resolución recurrida ya que la misma fue dictada con posterioridad a la solicitud del permiso por parte del recurrente en el mes de Enero de 2021 y con posterioridad al recurso de alzada que interpuso el día 24 de Febrero de 2021 (doc.nº 5) contra la Resolución de 28 de Enero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior que le denegó dicho permiso inicialmente (doc.nº 4).

#### **5.- Sobre la vulneración de la Orden JUS/504/2020, de 5 de Junio**

**5.1.-** A juicio de la actora la resolución impugnada no solo vulnera lo dispuesto en la Orden JUS/504/2020, de 5 de Junio y en lo que denomina "*sus actualizaciones y aclaraciones técnicas para las situaciones generadas por el COVID-19 en la Administración de Justicia vigente en el momento en que sucedieron los hechos objeto del presente proceso*", sino que, además, el contenido de la resolución de 26 de febrero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior es aplicada con carácter retroactivo para denegar el permiso interesado por el actor.

**5.1.1.-** Según consta en el denominado apartado segundo del rubro V ("*Permisos por razón de deber inexcusable*") la resolución indicada entraría en vigor "*con efecto retroactivo*" en 1 de enero de 2021.

**5.2.-** Dicha entrada en vigor con efectos retroactivos contraviene lo dispuesto en el artículo 9.3 de la CE de 1978.

**5.3.-** Sostiene la recurrente como "*en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, la emisión de la Resolución de 26 de Febrero de 2021 de la Dirección General de Justicia e Interior no puede tener ningún efecto sobre el permiso que se había solicitado por el recurrente con anterioridad a su emisión ni por ello puede alterar esta situación, ni la normativa que le era de aplicación en ese momento, puesto que, de ser así, se estaría vulnerando, además del citado artículo de la Constitución Española, el principio "Tempus regit actum" que, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, implica la aplicación de la norma vigente cuando se realiza el acto, es decir, la aplicación en este caso de la Orden JUS/504/2020, de 5 de Junio y sus actualizaciones y aclaraciones técnicas para las situaciones generadas por el COVID-19 en la Administración de Justicia vigentes en la actualidad y en el momento en que ocurrieron los hechos y que, además, que son de jerarquía normativa superior a cualquier resolución que haya dictado la Dirección General de Justicia e Interior de la Comunidad Autónoma de La Rioja a pesar de lo pretendido de contrario en la resolución recurrida.*

**5.4.-** Ello determina la "*nulidad de la resolución combatida*" y "*debe conllevar la estimación íntegra del presente recurso contencioso reconociendo el derecho del recurrente a disfrutar del permiso por deber inexcusable solicitado los días 25 a 29 de Enero de 2021, ambos incluidos, sin que sea privado por ello de días de vacaciones a los que tiene derecho a disfrutar en el año 2021.*

#### **6.- Sobre el descuento de las vacaciones del recurrente.**

**6.1.-** Entiende la actora que el descuento de las vacaciones de 2012 está vulnerando el derecho a las mismas recogido en el artículo 502 de la LOPJ y el correlativo artículo 50 del EBEP en relación con la *Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y la Jurisprudencia del TJUE que reconoce al derecho a disfrutar de vacaciones como un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones (Vide entre otras STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Vicente Pereda, C-277/08).*

**6.2.-** A juicio de la actora los cinco días de enero de 2021 en los que "*el recurrente estuvo confinado en su casa para atender a su hijo menor de 14 años que no podía asistir a su centro educativo por el protocolo anti Covid-19, no pueden considerarse en modo alguno período de descanso, ni tiempo de ocio y esparcimiento, como para calificarlos como vacaciones según las describe el TJUE a pesar que así se pretende hacer por parte de la administración demandada en la resolución recurrida.*

**CUARTO.- 1.-** La cuestión central del recurso deducido por la actora se contrae en determinar si la resoluciones combatidas, en primera instancia y al resolver la alzada interpuesta es o no ajustada a derecho.

**1.1.-** En este caso si el actor tenía o no derecho a un permiso por un *deber inexcusable* por el confinamiento de su hijo menor de 14 de años con arreglo al protocolo médico público de la pandemia de COVID-19, que fuere interesado por el funcionario interino en su escrito de 26 de enero de 2021.

**2.-** La cuestión central del recurso por tanto, se contrae a determinar si el funcionario interino solicitante del permiso, por el motivo indicado tenía o no derecho a que se le reconociera el permiso del artículo 48.1 j)



del EBEP, por ese tiempo " *indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral*".

2.1.- Conviene precisar que ese " *deber inexcusable*" es un " *concepto jurídico indeterminado*", que se ha ido acotando en la doctrina administrativa como aquella obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le puede generar una responsabilidad de orden civil, penal o administrativa, y de modo más específico, todos aquellos que estén vinculados a la " *conciliación de la vida familiar y laboral*" quedan bajo el amparo de este tipo de permiso, salvo que se pueda reconducir a otro de los establecidos en la legislación funcional ( *verbi gratia*, los contemplados en el artículo 49 del TREBEP de 2015 et *alii*).

2.1.1.- Por otra parte no es objeto de controversia el hecho de que los deberes derivados de la paternidad y la filiación constituyen un presupuesto para la concesión de este permiso. Se trata de los deberes establecidos en los artículos 108, y ss. del CC, así como en los artículos 9, 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, entre los que se encuentra la obligación de velar por los hijos menores -ex artículo 110 CC- y ofrecer y prestar " *cuidados domiciliarios*" para un hijo menor, en este caso, de 14 años, siempre que se acredite mediante los correspondientes documentos probatorios. Deberes que encuentran su correlato en los artículos 9 y concordantes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

2.1.2.- En el caso que nos ocupa los cuidados domiciliarios exigidos derivan de la aplicación del protocolo COVID 19 aprobado por la autoridad sanitaria a su hijo menor según consta acreditado en el expediente administrativo.

3.- Como consecuencia de la Pandemia la Orden JUS/50/2020 de 5 de junio por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (BOE 6 de junio de 2020) establecía que:

Segundo.

Sin perjuicio de la sujeción de todo el personal a las necesidades del servicio y de su disposición, cuando se les requiera, para la prestación de los servicios públicos encomendados a la Administración de Justicia, se entenderá que todos los funcionarios de esta Administración que actualmente se encuentren de permiso por deber inexcusable, mantendrán su vigencia en la nueva fase 3, extinguiendo sus efectos el 21 de junio de 2020.

En todo caso, la excepcional utilización de este permiso en la actual situación quedará restringida a los casos debidamente acreditados y justificados, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

El permiso por deber inexcusable afectará a los empleados de la Administración de Justicia con hijos/hijas menores de 14 años (los hijos de 14 o más años no darán lugar a la renovación de este permiso, salvo que se acrediten otras circunstancias de dependencia), o con personas mayores dependientes, que no pudieran flexibilizar su horario de trabajo con las alternativas existentes en su ámbito territorial, o que no pudieran desarrollar la actividad ordinaria en la modalidad de teletrabajo.

Los restantes permisos y licencias de los empleados públicos, entre los que expresamente se incluyen los días de vacaciones, los asuntos particulares y los asuntos propios, mantienen intacta su efectividad y los criterios de su devengo.

4.- No es objeto de controversia el hecho que el actor ocupa un puesto de auxilio judicial en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Logroño y que ese puesto no es compatible con la modalidad de acceso remoto.

4.1.- No es objeto de controversia el hecho de que el permiso por un *deber inexcusable* que solicitó para los días 25 a 29 de enero de 2021 le fue denegado por cuanto todavía disponía de 7 días hábiles de vacaciones y 4 días de asuntos particulares del año 2020 pendientes de disfrutar.

4.1.1.- Que en consecuencia se le descontaron cinco días de vacaciones del año 2020 manteniéndole intactas las correspondientes al año 2021, dado que se remitieron dos informes por la Secretaría General Técnica, uno de 8 de julio y el segundo de 9 de julio de 2021, que se han unido a las actuaciones, con informes contradictorios en lo relativo a ese extremo

#### **QUINTO.- SOBRE LA CONDICIÓN DEL ACTOR FUNCIONARIO INTERINO DEL CUERPO NACIONAL DE AUXILIO JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**

1.- El actor es un funcionario interino del *Cuerpo de Auxilio Judicial de la Administración de Justicia*.



2.- No es objeto de controversia, a la luz de la jurisprudencia comunitaria la equiparación del régimen estatutario del personal funcionario de carrera y el personal interino en lo relativo a las "condiciones de trabajo" entre las que se encuentran las relativas a jornadas y permisos integrados en el estatuto jurídico funcional.

3.- Se trata de un cuerpo general de funcionarios - el de Auxilio Judicial según el artículo 475 a) y 478 de la LOPJ - de carácter nacional encuadrado en la Administración de Justicia y en los servicios autonómicos transferidos.

4.- Su régimen jurídico funcional viene establecido en el Título IV (*Derechos, deberes e incompatibilidades*, artículos 495 y ss.) del Libro VI (*De los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de otro personal*) de la LOPJ .

4.1.- Y en concreto en lo que se refiere a las vacaciones, permisos y licencias, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 474 en relación con el artículo 495.1 g), 500 (*régimen de jornada*) y 502 y ss. (*Capítulo II, Vacaciones, Permisos y Licencias*) y singularmente en lo dispuesto en el artículo 503 de la LOPJ que remite al EBEP en iguales permisos y con la misma extensión y retribución económica en su caso.

4.1.1.- El permiso por "*deberes inexcusable*" se entendió aplicable, en los términos indicados, con arreglo a la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el *Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19* y que se concretó en la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la *Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19* cuyo precepto hemos transcrito *supra*.

#### **5.- Pertenencia a un Cuerpo Nacional y cláusula subrogatoria.**

5.1.- Pertenece, por tanto, a un cuerpo nacional - el de Auxilio Judicial- cuya gestión ordinaria de personal ha sido transferida a la Comunidad Autónoma en virtud del desarrollo de las previsiones de la denominada *cláusula subrogatoria* del artículo 34 del Estatuto de Autonomía de La Rioja llevada a cabo por el Real Decreto 1800/2010, de 30 de diciembre, de *traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia*.

5.2.- Con arreglo a la citada *cláusula subrogatoria* corresponde a la CAR , *ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado, así como fijar las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales, y la localización de su capitalidad, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

5.2.1.- Ha declarado la STC 56/90 de 29 de marzo, que:

" el concepto de «Administración de Justicia» que el art. 149.1.5 utiliza para reservar una competencia como exclusiva para el Estado es susceptible de una doble interpretación, al menos. Dicho de otra forma, entienden los recursos que se reserva con competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia entendida como Poder Judicial, lo que equivale a decir que corresponde al Estado como competencia exclusiva el ejercicio de la función jurisdiccional, así como de todo aquello que supone una exigencia absoluta para que dicha función se cumpla de manera independiente, tal y como establece el art. 117.1 de la Constitución . Pero, junto a ese núcleo irreductible que constituye la competencia del art. 149.1.5, existe un concepto más amplio de Administración de Justicia en el que se incluye todo lo relacionado con los medios personales y materiales que sirven de ayuda o auxilio para el ejercicio de la función jurisdiccional, pero que no forma parte de ese núcleo irreductible. El art. 149.1.5 de la Constitución no alcanza a esta materia, denominada gráficamente «Administración de la Administración de Justicia», y, en consecuencia, se ha podido asumir por los Estatutos de Autonomía en virtud del juego de la cláusula residual del art. 149.3."

5.3.- La intendencia del servicio público de la Justicia, depende orgánica y funcionalmente de órganos constitucionales (CGPJ) o de diversas administraciones públicas (Estado y CC.AA) es, también, administración pública.

5.4.- La distribución de competencias en esta materia se analiza principalmente en las SSTC 108/1986, de 29 de julio, 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo, de las que traen canon los pronunciamientos posteriores.

5.5.- Como hemos señalado en otros supuestos la denominada *cláusula subrogatoria* del artículo 455 de la LOPJ ha dado origen a una variada jurisprudencia constitucional dados los diversos títulos competenciales que se entrecruzan, en este caso, además, en lo relativo al régimen estatutario del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

6.- La competencia sobre la Administración de Justicia es una competencia del Estado ( art. 149.1.5 CE). Si es así de modo rotundo en lo que a las funciones jurisdiccionales concierne, en el dominio instrumental



administrativo (medios y agentes vicarios) la cuestión varía. Los primeros Estatutos de Autonomía introdujeron diversas competencias sobre la administración de justicia "en" la Comunidad Autónoma respectiva. Como señala el FJ Primero de la STC 56/90 la CA, en este caso la de la Rioja, ejerce las facultades que la LOPJ reconoce o atribuye a la AGE (Vide STC 56/90 de 29 de marzo y 62/90, y STC 105/2000 de 13 de abril).

**6.1.-** Dicha doctrina constitucional se ha reiterado, modulada, en pronunciamientos posteriores ( así entre otros en relación con la organización del servicio de asistencia jurídica gratuita ( STC 97/2001 de 5 de abril), o con el servicio de apertura y gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales ( STC 50/2006 de 16 de febrero), sobre la atribución a la Comunidad Autónoma de los rendimientos derivados de las cuentas judiciales ( STC 67/2006 de 2 de marzo), la regulación autónoma de las condiciones de trabajo del personal no judicial de la Administración de Justicia ( STC 253/2005 de 11 de octubre y STC 294/2006 de 11 de octubre), de la normalización lingüística de las lenguas cooficiales en el servicio público ( STC 270/2006 de 13 de septiembre).

**7.-** En relación con el estatuto del personal perteneciente a los indicados cuerpos - entre los que se encuentra el *Cuerpo de Auxilio Judicial* al que pertenece, por título interino, el actor,- ha señalado la STSJ, Contencioso sección 1 del 08 de junio de 2018 (ROJ: STSJ GAL 3582/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:3582) que:

**TERCERO:** El estatuto del personal perteneciente a los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia es nacional y ha de tener un régimen común en todo el territorio nacional.-

Conviene aclarar la confusión que introduce el Letrado de la Xunta de Galicia en su recurso de apelación en cuanto trata de homologar el régimen jurídico aplicable a la demandante, como funcionaria al servicio de la Administración de Justicia, con el de los funcionarios autonómicos transferidos desde la Administración del Estado.

En efecto, no puede compartirse la alegación del apelante, en cuanto razona que la actora pasó a ser funcionaria al servicio de la Xunta de Galicia, desde que por Real Decreto 2397/1996, de 22 de noviembre, se produjo la transferencia a la Comunidad Autónoma de Galicia de medios personales al servicio de la Administración de Justicia.

El estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia se contiene en los artículos 470 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y en concreto en el artículo 472.1 se dispone que "*Los funcionarios de carrera de los cuerpos mencionados, están vinculados a la Administración de Justicia en virtud de nombramiento legal, por una relación estatutaria de carácter permanente, para el desempeño de servicios retribuidos*", correspondiendo las competencias respecto de dicho personal "*al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las comunidades autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario*".

Por su parte, el artículo 474.1 LOPJ completa la regulación del estatuto jurídico de dicho personal al establecer que "*El personal funcionario de carrera de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia se regirá por las normas contenidas en esta ley orgánica, en las disposiciones que se dicten en su desarrollo y, con carácter supletorio, en lo no regulado expresamente en las mismas, por la normativa del Estado sobre Función Pública*".

Todo ello es congruente con la regulación del artículo 122.1 de la Constitución, en cuanto establece que la Ley Orgánica del Poder Judicial determina el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, y con la atribución de la competencia exclusiva al Estado en materia de Administración de Justicia, en el artículo 149.1.5º de la Constitución.

En este punto conviene recordar la doctrina constitucional que diferencia entre el núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, por una parte, y el conjunto de medios personales y materiales que no se integran en él, sino que se colocan "al servicio de la Administración de Justicia" ( art. 122.1 CE), dando lugar a lo que se ha denominado "*administración de la Administración de Justicia*".

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2014, de 23 de octubre, resume la doctrina constitucional en la materia del siguiente modo:

" a) *La Constitución configura un Poder Judicial único, cuya organización y funcionamiento se sustentan en el principio de unidad jurisdiccional ( art. 117.5 CE ) y en la unidad del cuerpo de Jueces y Magistrados de carrera ( art. 122.1 CE ), al tiempo que encomienda el gobierno de ese Poder Judicial al Consejo General del Poder Judicial ( art. 122.2 CE ). Sobre ambas materias ostenta el Estado una competencia exclusiva, que le atribuye el art. 149.1.5 CE y que debe ejercer mediante un específico instrumento normativo, que es la Ley Orgánica del Poder Judicial ( art. 122.1 y 2 CE ).*

b) *Desde la STC 56/1990, de 29 de marzo (FFJJ 6 y 7), venimos considerando que junto a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales*



que no se integran en él, sino que se colocan "al servicio de la Administración de Justicia" ( art. 122.1 CE ), dando lugar a lo que hemos denominado "administración de la Administración de Justicia".

En relación con estos medios personales y materiales que integran la "administración de la Administración de Justicia", en cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional o del autogobierno del Poder Judicial, cabe que tanto el Gobierno de la Nación como los Ejecutivos autonómicos puedan asumir competencias sobre los mismos.

En este sentido, el art. 471 LOPJ, tras su reforma por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dispone que "las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia al que se refiere el artículo anterior (los cuerpos de médicos forenses, de gestión procesal y administrativa, de tramitación procesal y administrativa y de auxilio judicial), corresponden en los términos establecidos en esta Ley, al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario" (apartado 1) y "en los mismos términos, el Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de este Libro [VI]" (apartado 2) ".

Ya en cuanto a la técnica de asunción por una Comunidad Autónoma de competencias mediante cláusula subrogatoria, aclara el Tribunal Constitucional que supone partir del deslinde que el Estado realiza previamente entre Administración de Justicia en sentido estricto y "administración de la Administración de Justicia", produciéndose a continuación una subrogación autonómica respecto de las atribuciones en favor del Gobierno de la Nación efectuadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y razona seguidamente el Tribunal Constitucional en aquella STC 173/2014:

" la citada STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 8), estableció una serie de límites que afectan a la correcta aplicación de las cláusulas subrogatorias en esta materia: i) En primer lugar, las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del art. 149.1.5 CE, sin perjuicio de la excepción relativa a la demarcación judicial ( art. 152.2 CE ). ii) En segundo término, tampoco pueden las Comunidades Autónomas actuar en el ámbito de la "administración de la Administración de Justicia" en aquellos aspectos que la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos. iii) En tercer lugar, la asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito de la Comunidad Autónoma. Dicho de otra forma, el alcance supracomunitario de determinadas facultades del Gobierno excluyen la operatividad de la cláusula subrogatoria; así, en los casos de la dependencia del Centro de Estudios Judiciales, la adscripción del Instituto de Toxicología o la cooperación internacional. iv) En cuarto lugar, la remisión se realiza a las facultades del Gobierno lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose, en todo caso, las competencias legislativas. v) Por último, en caso de suscitarse un conflicto de competencias habrá que determinar en cada caso si inciden otros títulos competenciales.

En lo que ahora importa, en palabras de la propia STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 10), "las competencias que pueden asumirse en este terreno por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de las cláusulas subrogatorias, en ningún caso pueden ser legislativas. Congruentemente con lo anterior, corresponde al Estado fijar normativamente el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Ello se desprende, tanto de la limitación antes señalada, como de otro título competencial: El que deriva del mandato expreso del art. 122.1 de la Constitución, que dispone que la Ley Orgánica del Poder Judicial 'determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia'. Concede así la Constitución al legislador orgánico (y por tanto estatal) la potestad de configurar el estatuto de ese personal, y ante la atribución expresa a la LOPJ en este sentido, las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía han de interpretarse a la luz de lo que en esa disposición estatal se prevea. Pues, en cualquier caso, y ante el mandato constitucional, las cláusulas estatutarias atributivas de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas no podrán implicar que se prive al legislador orgánico de la 'determinación del estatuto de personal' de que se trate, ni que se vacíe de contenido a los preceptos al respecto de la LOPJ " .

Finalmente, aquella STC 173/2014 deja claro el carácter nacional de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional, al argumentar seguidamente:

" Más aún, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, optó desde un principio por considerar a los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia como cuerpos nacionales, lo que comporta la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional. En la STC 224/2012, de 29 de noviembre , FJ 5, hemos vuelto a ratificar, una vez más, la doctrina firmemente establecida desde la STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ



10), en la que afirmamos que "su consideración como Cuerpos nacionales y el establecimiento de un régimen común aparecen así como la técnica adoptada por el legislador orgánico para garantizar en forma homogénea, en todas las Comunidades Autónomas, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia ... Ha de considerarse, por ello, que quedan excluidas de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía aquellas atribuciones que, encomendadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial al Gobierno de la Nación, resultan obligadamente reservadas a éste, para mantener el carácter propio de Cuerpo Nacional; pues de lo contrario, vendría a vaciarse de contenido las previsiones de la LOPJ en este sentido, contradiciéndose el mandato del art. 122.1 CE. Mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de Cuerpo nacional respecto de los integrados de la Administración de Justicia" (en el mismo sentido, entre otras, las SSTC 294/2006, de 11 de octubre, FJ 4; 163/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 3 y 5; y 224/2012, de 29 de noviembre, FJ 5)."

En concreto, la STC 224/2012, de 29 de noviembre, especifica en qué consisten las competencias del Estado respecto al personal al servicio de la Administración de Justicia en los términos siguientes: "En cuanto a las competencias del Estado en relación con el personal al servicio de la Administración de Justicia, partiendo de que el art. 122.1 CE dispone que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, hemos afirmado que las mismas se refieren a los aspectos centrales de dicho estatuto jurídico, señalando que es éste "un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales" (STC 56/1990, FJ 10)."

Entre los derechos que corresponden a dicho personal al servicio de la Administración de Justicia que han de tener un régimen común regulado por el Estado están las retribuciones, con arreglo al artículo 495.1.b de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En definitiva, pese a que las competencias respecto a dicho personal con destino en Galicia correspondan en la actualidad a la Comunidad Autónoma de Galicia, ni se puede homologar su régimen jurídico al de los funcionarios autonómicos, ni su estatuto jurídico se regula por la normativa autonómica, porque, como hemos visto, este se contiene en normativa unitaria estatal, cual es la LOPJ, las disposiciones que se dicten en su desarrollo y, con carácter supletorio, en lo no regulado expresamente en las mismas, por la normativa del Estado sobre Función Pública.

En congruencia con lo anterior, el artículo 132 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, establece que "Queda excluido del ámbito de aplicación de la presente ley el personal funcionario al servicio de la Administración de justicia en Galicia, salvo lo previsto en la letra g) del apartado primero del artículo 155", precepto este último que se refiere a las Unidades electorales del personal funcionario, por lo que nada tiene que ver con el régimen retributivo.

De hecho, el artículo 481.1 LOPJ establece que "En el Ministerio de Justicia existirá un Registro Central de personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, en el que se inscribirá a todo el personal funcionario de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y en el que se anotarán preceptivamente, todos los actos que afecten a la vida administrativa de los mismos", lo cual es debido a que, aunque se produzca la transferencia de medios personales y materiales, aquel personal continúa vinculado a la Administración de Justicia.

De todo lo anterior se desprende que no resulta invocable el artículo 12 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que se refiere a los funcionarios de la Administración del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas, ni tampoco la sentencia de 19 de noviembre de 2001 (recuso 539/2001) de esta Sala y Sección, que se refería asimismo a un funcionario de la Administración del Estado transferido a la Comunidad Autónoma de Galicia, lo que no es el caso. El personal al servicio de la Administración de Justicia, en cuanto Cuerpo estatal, continúa vinculado a ésta aunque se produzca la transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma, porque una cosa es que las atribuciones respecto de aquel personal se transfieran y otra muy distinta que ello entrañe una modificación de su estatuto jurídico. Este continúa siendo el mismo que anteriormente, de modo que sigue estando regulado por la LOPJ, las disposiciones que se dicten en su desarrollo y, con carácter supletorio, en lo no regulado expresamente en las mismas, por la normativa del Estado sobre Función Pública.

De todo lo anterior se deduce asimismo que no es correcta la afirmación, contenida en el recurso de apelación, de que la actora forma parte del personal al servicio de la Administración autonómica, así como tampoco la de que, una vez que cesó en la situación de servicios especiales por formar parte del Parlamento de Galicia, reingresó al servicio activo en la Comunidad Autónoma de Galicia.

**SEXTO.- Sobre las resoluciones autonómicas de desarrollo de la Orden JUS/504/2020.**

1.- Según consta en las actuaciones por la CAR se han dictado diversas resoluciones relacionadas con la activación de la II y de la III Fase del Plan de desescalada ante el COVID-19

2.- Una primera resolución, la de 26 de mayo de 2020 de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de la Rioja por la que se activa la segunda fase del plan de desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 en aplicación de la ORDEN JUS/430/2020, de 22 de mayo.

2.1.- Con arreglo a la indicada resolución de 26 de mayo de 2020 se establecía determinados límites a los llamamientos de los funcionarios para la realización de los turnos presenciales en determinados casos.

2.1.1.- Así previene:

4.2. No será llamado a formar parte de los turnos presenciales el personal que tenga reconocidos permisos por razón de deber inexcusable.

El permiso por deber inexcusable durante esta fase afectará a los empleados con hijos/hijas menores de 14 años, o con personas mayores de esta edad dependientes a su cargo que necesiten atención para realizar actividades básicas de la vida diaria, y que no pudieran flexibilizar su horario de trabajo con las alternativas existentes, o que no pudieran desarrollar su actividad ordinaria en la modalidad de trabajo no presencial.

4.3 Corresponde a la Dirección General de Justicia e Interior determinar la forma de acreditación y justificación de las circunstancias sujetas a estos criterios de exclusión formal.

4.3.1. Deber inexcusable por cuidado de hijo menor de 14 años:

Aquellos funcionarios que en la entrada en vigor de esta segunda fase quieran solicitar dicho permiso deberán presentar la siguiente documentación acreditativa debidamente cumplimentada y firmada, escaneada y remitida por correo electrónico a la Dirección General de Justicia e Interior a través del siguiente correo: [djusticiaalarloia-org](mailto:djusticiaalarloia-org)

Copia del libro de familia en los casos de hijos/hijas menores de 14 años (los hijos de 14 o más años no darán lugar a la renovación de este permiso, salvo que se acrediten otras circunstancias de dependencia). Dicho documento se presentará solo en el caso de que no se haya presentado con anterioridad.

Declaración responsable en la que el solicitante ponga de manifiesto que en la unidad familiar no existe progenitor, cónyuge o análogo que pueda hacerse cargo del menor en cuestión.

(...)

4.3.4. Vigencia del permiso. La vigencia de este permiso por deber inexcusable iniciado o renovado para la fase 2, limitará sus efectos temporales al día inmediato anterior en el que entre en vigor la siguiente fase (Fase 3) del Plan de desescalada de la Administración de Justicia.

3.- Una segunda resolución, la de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de la Rioja por la que se activa la tercera fase del plan de desescalada para la administración de justicia en la CAR ante el COVID-19 en aplicación de la ORDEN JUS/504/2020, de 5 de junio.

3.1.- Establece la citada resolución:

Permisos por razón de deber inexcusable

I. Nuevas solicitudes

Quienes tengan a su cargo personas menores de 14 años, así como para los que tengan a su cargo personas mayores de 14 años dependientes o con discapacidad, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y siempre que convivan en el domicilio familiar si se vean afectadas por el cierre de centros educativos o de mayores podrán solicitar permiso por razón de deber inexcusable en los términos de acreditación y justificación previstos en la resolución de 26 de mayo de 2020, de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de La Rioja en aplicación de la Orden JUS/430/2020, de 22 de mayo, y mediante la que se activa la segunda fase del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia en La Rioja apartados 4.3.1 y 4.3.2 del resuelve segundo.

II Renovación

No obstante, tras la entrada en vigor de la presente resolución, aquellas personas que tuvieran reconocido un permiso por deber inexcusable, deberán solicitar su renovación a la Dirección General de Justicia e Interior sin



necesidad de aportar nueva documentación, salvo que el supuesto que lo origine sea diferente, sólo en este caso se deberá acreditar y justificar de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior.

### III Imposibilidad de simultanear el permiso

En el caso de que ambos progenitores o responsables del mayor o menor dependiente tengan la condición de personal al servicio de la Administración de Justicia en La Rioja, no podrán disfrutar de esta medida simultáneamente. En este caso deberá aportar también una declaración responsable de que el otro progenitor o responsable no disfruta de esta medida simultáneamente.

### IV. Extinción

El permiso por razón de deber inexcusable por tener a su cargo personas menores de 14 años se extinguirá cuando finalice el año escolar 2019-2020 (infantil y primaria el 22 de junio y la ESO el 23 de junio). El permiso por razón de deber inexcusable por tener a su cargo mayores de 14 años dependientes o con discapacidad, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y siempre que convivan en el domicilio familiar y se vean afectadas por el cierre de centros educativos o de mayores quedará extinguido al finalizar el estado de alarma, el 21 de junio de 2020.

TERCERO: La presente resolución entrará en vigor el 9 junio de 2020.

**4.-** Una tercera resolución, la de 26 de febrero de 2021, de la Dirección General de Justicia e Interior, por la que se modifica la Resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de La Rioja por la que se activa la *IIIª Fase del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de La Rioja ante el Covid-19 en aplicación de la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio.*

**4.1.-** Establece la citada resolución que

### V. Permisos por razón de deber inexcusable

#### I. Nuevas solicitudes

Quienes tengan a su cargo personas menores de 14 años, así como para los que tengan a su cargo personas mayores de 14 años dependientes o con discapacidad, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y siempre que convivan en el domicilio familiar y se vean afectadas por medidas de confinamiento o aislamiento o por el cierre de centros educativos o de mayores podrán excepcionalmente solicitar permiso por razón de deber inexcusable.

**El permiso por deber inexcusable previsto en esta resolución sólo se podrá solicitar cuando resulte imprescindible y no sea viable cualquier otra medida como la flexibilidad horaria, la prestación de servicios en la modalidad no presencial o la disponibilidad por el afectado de días pendientes vacaciones o asuntos propios del año 2020, cuyo disfrute excepcionalmente y atención a la situación sanitaria también se han prorrogado hasta el 31 de marzo de 2021. El permiso quedará circunscrito a los días en los que el menor o el mayor dependiente deba permanecer en cuarentena, aislamiento o confinamiento domiciliario.**

Para acceder al permiso los interesados deberá presentar la siguiente documentación acreditativa debidamente cumplimentada y firmada, escaneada y remitida por correo electrónico a la Dirección General de Justicia e Interior a través del siguiente correo: DIRECCION002 : Cuidado de hijo menor de 14 años:

Copia del libro de familia en los casos de hijos/hijas menores de 14 años (los hijos de 14 o más años no darán lugar a la renovación de este permiso, salvo que se acrediten otras circunstancias de dependencia). Dicho documento se presentará solo en el caso de que no se haya presentado con anterioridad.

Declaración responsable en la que el solicitante ponga de manifiesto que en la unidad familiar no existe progenitor, cónyuge o análogo que pueda hacerse cargo del menor en cuestión.

Cuidado de personas dependientes que necesiten atención para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Certificado de la Administración competente que acredite la dependencia, o certificado médico que acredite la situación de dependencia sobrevenida,

Domicilio habitual del mayor de edad dependiente, en el que pueda verificarse la relación de convivencia con el solicitante del permiso,

Notificación; en su caso, del cierre temporal del centro de día o residencia por decisión de la autoridad sanitaria.

#### II. Imposibilidad de simultanear el permiso



En el caso de que ambos progenitores o responsables del menor o mayor dependiente tengan la condición de personal al servicio de la Administración de Justicia en La Rioja o de empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, no podrán disfrutar de esta medida simultáneamente. En este caso deberá aportar también una declaración responsable de que el otro progenitor o responsable no disfruta de esta medida simultáneamente.

SEGUNDO: La presente resolución entrará en vigor, con efecto retroactivo, el 1 de enero de 2021

**4.2.-** Esta resolución de 26 de febrero de 2021 supedita la concesión de ese permiso por deber inexcusable sujeto a las siguientes condiciones y requisitos: 1) que sea imprescindible y no sea viable cualquier otra medida como la flexibilidad horaria, o la prestación de servicios en la modalidad no presencial; 2) la disponibilidad por el afectado de días pendientes vacaciones o asuntos propios del año 2020, cuyo disfrute excepcionalmente y atención a la situación sanitaria también se han prorrogado hasta el 31 de marzo de 2021,d) y el citado permiso estará circunscrito temporalmente **los días en los que el menor o el mayor dependiente deba permanecer en cuarentena, aislamiento o confinamiento domiciliario**

**4.3.-** La resolución de 26 de febrero de 2021 declaraba que la misma entraba en vigor el 1 de enero de 2021.

**4.3.1.-** No consta su publicación en el BOR

**5.-** Las tres resoluciones que hemos transcrito en lo que a esta cuestión interesa- los criterios de concesión del permiso controvertido- no son disposiciones normativas.

**5.1.-** En efecto, como hemos señalado en anteriores pronunciamientos, cual ya declarara la STS de 30 de septiembre de 1991 (Ar. 7638) era conocida la discusión doctrinal existente acerca de la naturaleza jurídica de las circulares e instrucciones, si son manifestación de la potestad reglamentaria o normativa de la Administración o por el contrario, meros actos emanados de la potestad jerárquica en virtud de las cuales el superior ordena la actividad del inferior.

**5.2.-** La naturaleza jurídica materialmente dual de las instrucciones y circulares era uno de los problemas clásicos del Derecho administrativo, que hunde sus raíces en la vieja *disputatio* sobre el carácter jurídico o no de las normas de organización, y, en algunas interpretaciones de la dogmática jurídico-administrativa contemporánea, en la recepción de la doctrina alemana que distinguía entre las ordenanzas jurídicas (*Rechtsverordnungen*) y las administrativas (*V erwaltungsverordnungen*) que ha dado lugar a importantes estudios doctrinales y que sigue sin haber sido resuelto de modo satisfactorio.

**5.3.-** El catálogo de fuentes reglamentarias de un texto clásico como el Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración de Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, encuadraba tanto las instrucciones cuanto las circulares entre los "*preceptos administrativos*" entendiéndose por tales aquellas normas jurídicas que formulaba la propia administración reflejo de su poder de mando, ancilar, interna corporis pero que producían, en determinados casos, efectos a terceros. Se trata, por tanto, en expresión de COLMEIRO de meras "*providencias generales de interés y orden público*" correspondiente a la potestad doméstica de mando en materia de funcionarios públicos y en lo relativo a la organización y prestación del servicio público correspondiente

**5.4.-** Las indicadas resoluciones por tanto no tienen naturaleza reglamentaria y son unas meras ordenes de servicio, un acto administrativo que preordena ( *Vide* STS de 21 de Junio de 2006 relativa a la Circular 7/1996 de 21 de junio de la Dirección Gerencia del *Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*, señalaba que el contenido de la misma no es normativo sino el señalado para las instrucciones y ordenes de servicio).

**SÉPTIMO.- 1.-** La resolución impugnada como hemos señalado desestima la petición de permiso por deber inexcusable sobre la base de las exigencias o requisitos introducidos por la Resolución de 26 de febrero de 2021.

**2.-** La relación entre la Orden *JUS/504/2020, de 5 de junio* y las tres resoluciones autonómicas antes transcritas parcialmente, no es una cuestión de jerarquía.

**2.1.-** En el primer caso la Orden estatal de carácter normativo desarrolla y concreta por causa de la pandemia las previsiones sobre seguridad laboral y el Plan de desescalada para la administración de justicia ante el COVID-19 siguiendo la línea iniciada por la Orden *JUS/394/2020* de 8 de mayo y la posterior Orden *IUS/430/2020* de 22 de mayo por la que se activaba la denominada Fase 2 del Plan de desescalada para la indicada administración.

**2.2.-** Dado su carácter de norma básica a estos efectos integraba la interpretación de los supuestos que, con motivo del COVID-19, integraban ese concepto jurídico indeterminado de "*deber inexcusable*" en el ámbito de



la conciliación laboral de los funcionarios de cuerpos nacionales de la administración de justicia aun cuando se encuentren transferidos, por lo ya indicado, a la CAR.

**2.3.-** Lo que la actora denomina "Actualizaciones y aclaraciones técnicas para las situaciones generadas por el COVID-19 en la administración de justicia" del Ministerio de Justicia de 26 de octubre de 2020 no es sino una mera instrucción o circular interpretativa de la disposiciones indicadas, y su relación con las instrucciones de la autoridad autonómica no se encuadran en el marco de la relación jerárquica sino en uno más complejo de las relaciones entre las bases y su desarrollo.

**2.3.1.-** Con arreglo a ese "manual" o "guía de interpretación" - que materialmente es una instrucción interpretativa- señala

6. Permisos en los periodos de aislamiento o contagio del personal funcionario y de otras personas convivientes y dependientes, como consecuencia del virus COVID-19.

a) Período de aislamiento o contagio del personal funcionario como consecuencia del COVID19

En el artículo 11 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, se regula como situación asimilada a accidente de trabajo la consideración excepcional de los periodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus, para reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal. En ambos casos, la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta. La fecha del hecho causante será aquella en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del mutualista, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.

b) Período de aislamiento del personal funcionario de la Administración de Justicia como consecuencia de terceras personas convivientes y dependientes que sean contactos estrechos de un caso.

En el apartado Segundo de la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (que en la fecha actual mantiene su vigencia), se dispone:

"Sin perjuicio de la sujeción de todo el personal a las necesidades del servicio y de su disposición, cuando se les requiera, para la prestación de los servicios públicos encomendados a la Administración de Justicia, se entenderá que todos los funcionarios de esta Administración que actualmente se encuentren de permiso por deber inexcusable, mantendrán su vigencia en la nueva fase 3, extinguiendo sus efectos el 21 de junio de 2020.

En todo caso, la excepcional utilización de este permiso en la actual situación quedará restringida a los casos debidamente acreditados y justificados, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

El permiso por deber inexcusable afectará a los empleados de la Administración de Justicia con hijos/hijas menores de 14 años (los hijos de 14 o más años no darán lugar a la renovación de este permiso, salvo que se acrediten otras circunstancias de dependencia), o con personas mayores dependientes, que no pudieran flexibilizar su horario de trabajo con las alternativas existentes en su ámbito territorial, o que no pudieran desarrollar la actividad ordinaria en la modalidad de teletrabajo.

Los restantes permisos y licencias de los empleados públicos, entre los que expresamente se incluyen los días de vacaciones, los asuntos particulares y los asuntos propios, mantienen intacta su efectividad y los criterios de su devengo."

**En otras palabras, cuando el hijo menor de 14 años o persona mayor dependiente esté obligado a cumplir la cuarentena, pero no haya dado positivo en una PDIA, el progenitor, tutor legal, o cuidador (en los tres casos mencionados el funcionario/a sería conviviente con la persona confinada), podrá, previa autorización de su responsable, continuar prestando sus servicios, de manera completa o parcial, en la modalidad de teletrabajo o con otras alternativas sobre su horario laboral que puedan atenderse. Solo cuando sea imposible el desempeño de sus tareas mediante teletrabajo o con las adaptaciones horarias (por la propia naturaleza de las mismas o por impedimentos técnicos debidamente justificados), podrá recurrirse al permiso por deber inexcusable contemplado en el art. 48 j) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.**

La autorización para el teletrabajo, adaptación horaria o la concesión del permiso por deber inexcusable quedarán circunscritos a los días en los que el menor o mayor dependiente deba permanecer en cuarentena, de acuerdo con lo establecido por las autoridades sanitarias competentes.



**OCTAVO .- 1.-** Descartada la relación jerárquica invocada por la actora la resolución impugnada deniega el permiso solicitado de cinco días al amparo del apartado j) del artículo 48 del EBEP de 2015 sobre la base de los nuevos requisitos para su concesión que introduce la resolución de 26 de febrero de 2021-posterior al momento en el que se había formulado por el hogaño actor la solicitud de permiso- sobre la base de que la propia resolución autonómica determinaba los efectos *ex tunc* de su entrada en vigor, el 1 de enero de 2021. La propia instrucción, sin embargo, lo denomina "efecto retroactivo".

**2.-** La resolución deniega el permiso sobre la base de la introducción de requisitos para su concesión que efectúa la resolución de 26 de febrero de 2021, que no se exigen en la norma básica y que establece un régimen singular por vía interpretativa que no casa bien con las exigencias de la "*aplicación homogénea de los servicios esenciales para la salvaguarda de derechos y libertades de la ciudadanía y de las recomendaciones establecidas por este Ministerio para la salvaguarda de la Salud Pública*" a la que se refería, entre otros supuestos y disposiciones normativas dictadas por la AGE, el apartado tercero de la Orden SND/261/2020 de 19 de marzo para la coordinación de la actividad profesional de los miembros de los cuerpos de funcionarios regulados en el libro VI de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial durante la vigencia del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y las posteriores relativas a las fases del Plan de Desescalada entre las que se encuentra la indicada Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 que integra las obligaciones de cuidado de los hijos menores de catorce años atendiendo al Protocolo COVID-19 entre los supuestos que habilitan la concesión del permiso por la realización de deberes inexcusables en la "*conciliación familiar*" del apartado j) del artículo 48 del EBEP de 2015.

**2.1.-** Una resolución que no ha sido publicada y que establece unos efectos "*ex tunc*" entrando en vigor el 1 de enero de 2021.

**3.-** Como hemos señalado en el cuerpo de la sentencia el apartado j) del artículo 48 del EBEP de 2015 se limita a recoger el indicado permiso por "el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y de la vida familiar.

**3.1.-** La ORDEN JUS/504/2020 establece por tanto que el indicado permiso del apartado j del artículo 48 del EBEP de 2015 era aplicable a los supuestos de cuidado domiciliario de menores de catorce años confinados por razón de protocolo COVID-19.

**3.2.-** La resolución de 26 de febrero de 2021 introduce unos criterios o requisitos que modifican -sin competencia normativa para ello- el indicado permiso reconocido a los funcionarios de un cuerpo nacional al servicio de la Administración de Justicia como el que nos ocupa.

**3.3.-** Mediante una mera instrucción u orden de servicios como la indicada no pueden modificarse sustancialmente los requisitos para la concesión del mismo que establece además, en los términos indicados la Orden JUS/504/2020.

**3.4.-** No pueden aplicarse o imputarse este tipo de permisos a los días de vacaciones pendientes de disfrutar correspondientes al año 2020 o a otro tipo de permisos.

**3.5.-** Se pueden entender las necesidades organizativas y de personal que están en la tramoya de la introducción por vía interpretativa - sin rango normativo alguno- de esos criterios y requisitos, pero es precisamente en apartado j) del artículo 48 del EBEP en el que, como ha señalado la jurisprudencia menor ha de encuadrarse el permiso solicitado -de cuidado domiciliario de un hijo menor de catorce años- y por tanto no es "encuadrable" "dentro de los días por asuntos propios", cuya causa y finalidad es diferente, y en menor medida con cargo a vacaciones, sin perjuicio, además, del trato discriminatorio para aquel funcionario a quien se le concedería porque en el momento de su petición había agotado o consumido tanto sus vacaciones como sus permisos de ese tipo.

**3.5.1.-** Como se ha señalado doctrinalmente se trata además de un permiso de carácter residual entendiendo en tal caso que la situación que se pretende proteger -en ese caso cuidar domiciliariamente a un hijo menor de catorce años confinado por protocolo COVID-19- no puede ampararse en otros permisos recogidos en la legislación de función pública y en menor medida en vacaciones y que se otorga, además, por el "tiempo indispensable"- cinco días en este caso- mientras que otros permisos se "otorgan por un plazo previamente determinado en la disposición normativa correspondiente- de modo que se conceden por el tiempo mínimo pero necesario para atender la obligación o el deber que el mismo ampara.

**3.5.2.-** Como ya señalara la STSJ de Galicia, de 17 de enero de 2011 (Nº de Recurso: 5906/2007, Nº de Resolución: 3098/2011) "*la presencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, para justificar la ausencia, también está presente, desde el momento en que, en el artículo 110 de Código Civil, se establece la*



*obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz publico evidente."*

**3.5.3.-** La doctrina legal y la comunitaria es terminante sobre la compensación dineraria o la imputación de permisos de este tipo a cuenta de las vacaciones por la introducción de los dos requisitos indicados.

**4.-** No consta ni se ha esgrimido como causa de denegación del permiso interesado por la resolución que anulamos la concurrencia de otro motivo distinto para su concesión por lo que anulada la resolución y concurriendo y acreditado el presupuesto para su concesión, procede estimar el recurso, anular la resolución impugnada y reconocer el derecho interesado.

**4.1.-** La estimación del recurso y el reconocimiento del derecho a la obtención del permiso interesado, anula la imputación efectuada con cargo a vacaciones no disfrutadas del recurrente.

**NOVENO** - Concurren las circunstancias para la imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA con el límite de 200 euros.

#### **FALLO:**

Que debo estimar y estimo el recurso interpuesto por el recurrente anulando las resoluciones impugnadas

**PRIMERO** .-Se anulan las resoluciones impugnadas

**SEGUNDO** .- Se reconoce el derecho del actor a la concesión del permiso del artículo j) del artículo 48 del EBEP en relación con la ORDEN/JUS 504/2020 en relación con los cinco días interesados.

**TERCERO** .- Con imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA con el límite de 200 euros

#### **MODO DE IMPUGNACIÓN:**

Recurso de apelación en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER Cuenta nº 2247.0000.94.0152.21.

Añade el apartado 8 de la D.A. 15ª que en todos los supuestos de estimación total o parcial del recurso, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, una vez firme la resolución.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.