

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2552/2017
de 14 septiembre

AS\2017\1882



AYUNTAMIENTO: permiso retribuido para participar en campaña electoral: empleada laboral fija, que se presenta como candidata municipal: desestimación, por inexistencia de derecho al mismo; aplicación exclusiva de la legislación beneficiaria de tal concepto a los funcionarios públicos, y con exclusión expresa del personal de la Administración Local.

ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2017:8480

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 2504/2017

Ponente: Illma. Sra. Mª del Carmen Pérez Sibón

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, de fecha 11-07-2016, dictada en autos promovidos en reclamación sobre permiso retribuido.

ROLLO Nº 2504/17 - L SENTENCIA Nº 2552/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

Recurso nº 2504/2017 - L

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. Francisco Manuel Álvarez Domínguez

Dª María del Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a catorce de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 2552/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Bibiana , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Huelva, Autos nº 729/15; ha sido Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Bibiana contra el Ayuntamiento de La Redondela, con intervención del Ministerio Fiscal, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 11/07/16, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" I.- D^a Bibiana mayor de edad, con DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia del Ayuntamiento de La Redondela (CIF P2100016-A), como personal laboral fijo, salario de 26,18 euros diarios y categoría profesional de monitora deportiva.

II.- La actora era la candidata nº 6 de la lista del Partido Independientes de La Redondela (ILR en adelante) en las elecciones municipales del pasado año 2015, como se publicó en el BOP de Huelva nº 76 de fecha 22.04.15 (folio 6, por reproducido).

III.- El 30.04.15 la demandante formuló solicitud al Alcalde Presidente del Ayuntamiento demandado (folio 5, por reproducido) en la que, tras exponer que estaba incluida en la lista de un partido político que concurría a las elecciones municipales, interesaba se le concediera disfrutar de 15 días de permiso retribuido desde el 8 al 22 de mayo de 2015.

IV.- El 08.05.15 el organismo demandado desestimó la solicitud de la actora (folio 7 por reproducido) argumentando que, visto lo dispuesto en el art. 37 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) que establece la regulación de los permisos para el personal laboral, consideraba que en dicho precepto no se establecía como causa que diera derecho a dicho permiso, la cualidad de candidato de unas elecciones.

V.- En la fecha para la cual se había solicitado el permiso esto es, desde el 8 al 22 de mayo 2015, solo había una persona contratada como monitora deportiva siendo la propia actora, período en que D^a Bibiana estaba impartiendo un curso en las Escuelas Deportivas Municipales.

VI.- El número de vocales que componen la Junta Vecinal de la Redondela (Entidad Local Autónoma) son cuatro a raíz de las elecciones locales de 2015, dos correspondientes al PSOE y, otros dos, al ILR, mismo número y composición que en las elecciones locales de 2011.

VII.- El 18.05.15 se formuló reclamación previa que no consta resuelta expresamente.

VIII.- la demanda que encabeza estas actuaciones se formuló el 19.06.15."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

D^a Bibiana interpone demanda por los trámites del procedimiento especial de Tutela de Derechos Fundamentales, con la pretensión de que se declare violado el derecho reconocido en el [Art. 23](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) por no haberle sido concedido permiso retribuido de quince días para asistir a la campaña electoral como candidata del partido IRL en las elecciones municipales, solicitando asimismo el pago de la indemnización de 392,70 €.

Frente a la sentencia dictada, desestimatoria de la pretensión, se alza en suplicación la demandante, articulando su recurso en un único motivo que formula con amparo procesal en el párrafo c) del Art. 193 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#), y en el que denuncia la infracción de los Arts. 37.3 d) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#), 7 y 51 del [Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2015, 1695, 1838\)](#) (EBEP), 142 del [RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril \(RCL 1986, 1238, 2271 y 3551\)](#), [Orden de 6-11-1985 \(RCL 1985, 2660\)](#), 6 del [Decreto 136/2015, de 28 de abril \(LAN 2015, 185\)](#), así como 9. 3 y 103 de la Constitución Española.

SEGUNDO

La actora presta servicio para el Ayuntamiento de La Redondela como personal laboral fijo con categoría profesional de Monitora deportiva. Se considera acreedora del derecho al permiso de quince días que solicitó para concurrir a la campaña electoral de las elecciones municipales de 2015 en las que estaba incluida como candidata del partido político "Partido Independiente de La Redondela" (IRL). Dicho permiso le fue denegado por la Corporación empleadora.

El Art. 37.3 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) (aplicándose por razones cronológicas el [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo \(RCL 1995, 997\)](#)) dispone: "3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

b) Dos días en los casos de nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando, con tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

c) Un día por traslado del domicilio habitual.

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo cuarenta y seis de esta Ley.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente".

Tal precepto debe complementarse con el [art. 75.6](#) de la [Ley 7/1985 \(RCL 1985, 799, 1372\)](#) de Bases del Régimen Local , que establece: "A efectos de lo dispuesto en el art. 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores y en el [art. 30.2](#) de la [Ley 30/1984 \(RCL 1984, 2000, 2317 y 2427\)](#) , se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una Corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la Corporación o de las Comisiones y atención a las Delegaciones de las que forme parte o que desempeñe el interesado".

Por su parte, el [Art. 51](#) del [Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2015, 1695 y 1838\)](#) , aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre dispone: "Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente".

El Art. 48. j) del mismo Texto en relación con el 7 ("El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan"), establece: "Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos: "j) Por 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".

Invoca asimismo el recurrente en apoyo de su derecho, normas de Régimen Local, como el [Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril \(RCL 1986, 1238, 2271 y 3551\)](#) , por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, cuyo Art. 142 presenta el siguiente tenor: "Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas,

permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado".

Por su parte, el Apartado Primero de la [Orden de 6 de noviembre de 1985 \(RCL 1985, 2660\)](#) por la que se regula la concesión de permisos a los funcionarios que se presenten como candidatos a las elecciones, establece: "Los funcionarios públicos y demás personal al servicio de la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, incluida la Seguridad Social, que se presenten como candidatos a las elecciones a Diputados y Senadores a Cortes Generales, a las elecciones de miembros de las Corporaciones Locales y a las elecciones para las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, podrán ser dispensados, previa solicitud de los interesados, de la prestación del servicio en sus respectivas Unidades, de acuerdo con lo establecido en el [artículo 30.2](#) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, durante el tiempo de duración de la campaña electoral. El referido permiso podrá ser concedido por el Subsecretario del Departamento Ministerial o, en su caso, Delegado del Gobierno o Gobernador Civil de quien dependa la Unidad Administrativa en la que preste sus servicios el interesado".

Pues bien, expuesto el marco normativo que afecta a la cuestión planteada, del tenor de las Normas indicadas se constata que ni la legislación laboral ni tampoco las demás, regulan -en relación o conexión con el permiso aquí debatido- el derecho a un permiso nada más que para el ejercicio del sufragio activo, o para el "cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal". Es claro que en este caso no nos hallamos ante el supuesto del ejercicio del sufragio activo y respecto del deber inexcusable consideramos que la participación como candidato en unas elecciones, no se trataría de un "deber" estricto sensu, sino de un derecho en todo caso.

Ahora bien, constatado que existe normativa referida expresamente a los funcionarios públicos y a cierto personal, que sí prevé este permiso en tales casos, ha de dilucidarse si al personal laboral -como es el demandante- le es de aplicación las previsiones relativas a los permisos reguladas para aquéllos.

El [artículo 7](#) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece que "El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan".

El apartado 1 del artículo 2 señala el ámbito objetivo del concepto Administraciones Públicas, que incluye: la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; y las

Universidades Públicas. Así, de acuerdo con lo anteriormente señalado, la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, antes señaladas, tendrá lugar cuando expresamente un precepto concreto de la [Ley 7/2007 \(RCL 2007, 768\)](#) lo incluya.

El Capítulo V regula el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones dentro del Título III dedicado a Derechos y Deberes y Código de conducta de los empleados públicos. Así pues el régimen de permisos es desarrollo de los derechos individuales contemplados en la letra j) y m) del art. 14. La letra j) especifica el derecho " a la adopción de medidas que favorezca la conciliación de la vida personal, familiar y laboral". La letra m) recoge el derecho " a las vacaciones, descansos, permisos y licencias" El régimen de permisos tiene en el EBEP un doble sistema que deriva de las letras j) y m) del art. 14. Por un lado, el artículo 48, cuyo título es "permisos de los funcionarios públicos" y, por otro lado, el artículo 49, "permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género". El alcance y efectos de estos preceptos son distintos. El apartado 1 del artículo 48 establece textualmente que "Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos..." De la redacción de este apartado se desprende que el legislador ha respetado la competencia de autoorganización de las Administraciones Públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen jurídico de la función pública, como declaró el Tribunal Constitucional en la [Sentencia 99/87 \(RTC 1987, 99\)](#) . En conclusión, serán pues las normas de desarrollo posteriores a la Ley 7/2007 las que concreten los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos, lo que se llevará a cabo bien a través de las leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las CCAA previstas en el artículo 6 de la Ley para el personal funcionario, o bien a través de normas convencionales para el personal laboral. Hasta la aprobación de dichas normas legales o convencionales, mantienen su vigencia las anteriores que regulen esta materia en cada Administración Pública.

En este [Capítulo V](#) del [Título III](#) del EBEP se encuadra también el art. 51 , el cual establece que "Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en ese Capítulo y en la legislación laboral correspondiente" Este artículo genera numerosas dudas respecto de la aplicación de la normativa correspondiente, pues el citado Capítulo V se refiere a los mencionados derechos de los funcionarios públicos y es sabido que la legislación laboral regula de manera diferente las mismas cuestiones para los trabajadores por cuenta ajena. El problema radica, además, en que el legislador no es suficientemente claro en la delimitación de la normativa aplicable pues no señala si la legislación laboral se aplica en defecto de regulación en el [Capítulo V](#) del EBEP o si aquella entra directamente en todas las cuestiones que no regula el EBEP o en las que concede más derechos en virtud del principio de complementariedad. El término "legislación laboral" incluye no sólo el Estatuto de los Trabajadores y el resto de la normativa laboral sino, la regulación convencional, por lo que las

distancias entre la regulación del [Capítulo V](#) del EBEP y la del ET pueden ser considerables. La regulación legal en esta materia ofrece ventajas distintas a uno y otro tipo de personal, no siendo siempre la normativa laboral la que más derechos otorga a su personal. Así, conforme al [art. 48.f\)](#) del EBEP, los funcionarios pueden ausentarse del trabajo durante una hora por lactancia de un hijo menor de doce meses, mientras que el personal laboral tiene reducido la duración de este derecho hasta que el hijo tenga nueve meses- derecho mejorable por convenio colectivo-; igualmente, el [art. 48.h\)](#) del EBEP prevé el derecho a la reducción de jornada de los funcionarios cuando éste, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años mientras que la normativa laboral prevé el mismo derecho sólo hasta que el menor tenga 8 años. En sentido contrario, el personal laboral puede disfrutar de permisos que no ostentan los funcionarios, como por ejemplo por la hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, los permisos aplicables al personal laboral que se encuentran regulados en el art. 37 del ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Las soluciones tomadas por los diferentes órganos jurisdiccionales han sido de diverso signo. (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (17-1 - 2009) , de Canarias ([23-10-2009 \(PROV 2010, 78982\)](#) , 19-5-09)). La solución fue dada por el [Tribunal Supremo en sentencia de 19-5-2009 \(RJ 2009, 4167\)](#) , recurso de casación 97/2008 , en la que concluyó que las normas jurídicas relativas al permiso de paternidad (tesis extrapolable a todo el régimen jurídico de los derechos del Capítulo V) cuya declaración de compatibilidad, y en consecuencia de sucesivo disfrute, se pretendía por el Sindicato recurrente respecto de los empleados públicos que ostentaran la condición de personal laboral, no podían aplicarse acumulativamente, al tener destinatarios distintos, la contenida en el art. 48 bis ET a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público, y la regulada en el [art. 49.c\)](#) EBEP a los funcionarios incluidos en su ámbito, aunque puedan existir pequeñas diferencias favorables a uno y otro, y sin que el [art. 51](#) EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral "a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente" cupiera entender que debían ser aplicadas acumulativamente ambas normativas.

Consecuencia de lo dicho, los destinatarios del artículo 48 son los funcionarios públicos. El artículo 49, en cambio, al no establece como único destinatario a los funcionarios públicos, debe deducirse que entran dentro de su ámbito de aplicación todas las clases de empleados públicos definidos en los [artículo 8](#) , [9](#) , [10](#) , [11](#) , [12](#) y [13](#) del EBEP (funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral fijo o temporal, personal eventual y personal directivo profesional). El art. 51 cuyo título es jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral establece textualmente que "para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente". Resulta, pues, necesario distinguir los ámbitos subjetivos

de aplicación de los artículos 48 y 49. Como se ha señalado anteriormente, el art. 49 es directamente aplicable a todas las clases de empleados públicos y, el artículo 48 es aplicable al personal funcionario. Para el personal laboral, sólo serían aplicables los permisos del artículo 48 en el supuesto de que así estuviera expresamente establecido en sus normas laborales, legales o convencionales.

De las conclusiones expuestas solo puede derivar la inaplicación a la actora del permiso que solicita basándose en el Art. 48 del EBEB(sic) y en la aplicación extensiva del mismo que se recoge en el Apartado Primero de la [Orden de 6 de noviembre de 1985 \(RCL 1985, 2660\)](#) por la que se regula la concesión de permisos a los funcionarios que se presenten como candidatos a las elecciones, y ello por cuanto que esta última norma solo se refiere a "Los funcionarios públicos y demás personal al servicio de la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, incluida la Seguridad Social", omitiendo a la Administración Local, que es aquélla para la que presta servicios la recurrente.

Sentado todo lo anterior, la actora no goza del amparo de una Norma que le conceda el derecho que reclama, ni tampoco puede observarse indicio alguno de infracción de un Derecho Fundamental en la actuación de la Administración que, constatada la inexistencia de tal obligación legal, deniega el permiso. En cualquier caso, y a los meros efectos dialécticos, tampoco podría considerar la existencia de indicios discriminatorios que alterase la carga de la prueba, si se tienen en cuenta las particularidades del caso, en concreto, el hecho de que la demandante fuera la única persona contratada para impartir el curso que llevaba a cabo, y que asimismo, aquélla figurara en las listas como candidata número seis, siendo así que eran cuatro los que habrían de ser elegidos. Por último destacar que el trabajo a tiempo parcial de la actora le hubiera hecho más flexible su participación en la campaña.

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a Bibiana contra la sentencia de fecha 11-7-2016, dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Huelva , en autos 729/2015, seguidos a instancia de D^a Bibiana contra el AYUNTAMIENTO DE LA REDONDELA, y en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando

el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del [artículo 53 LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Sevilla a catorce de septiembre de 2017.