



Roj: **STSJ GAL 8025/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:8025**

Id Cendoj: **15030330012016100587**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **132/2016**

Nº de Resolución: **626/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00626/2016**

**Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira**

**Recurso número: Procedimiento Ordinario 132/2016**

Recurrente: Leopoldo

Administración demandada: Ministerio del Interior

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, presidente.**

**D. Benigno López González**

**D. José Ramón Chaves García**

A Coruña, a 14 de noviembre de 2016.

En el recurso contencioso-administrativo con el número **132/2016** de esta Sala, interpuesto por D. Leopoldo, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María Ángeles Fernández Rodríguez, dirigido por el letrado D. Jesús Fernández Mouco, contra la resolución de 4 de abril de 2016 de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior, Es parte demandada el Ministerio del Interior, representado y dirigido por el abogado del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que "con estimación del recurso se anule la precitada resolución por no se conforme a derecho, reconociendo al recurrente el derecho al percibo de la cantidad de 101,93€ derivados de los atrasos del trienio perfeccionado el 17 de Octubre del 2015 durante el período de IT en la cuantía asignada al grupo C1 según disponen las Leyes



36/2014 y 48/2015 condenando a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración. Con sus intereses legales y costas".

**SEGUNDO** .- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación de la demanda.

**TERCERO** .- Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

**CUARTO** .- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de 101,93 euros.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO** .- Objeto de impugnación y partes litigantes .-

Don Leopoldo impugna en esta vía jurisdiccional la resolución de 4 de abril de 2016 de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior, por delegación del Subsecretario del Ministerio del Interior, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de 8 de febrero de 2016, por la que se acordó denegar la petición de abono, en concepto de atrasos, de lo correspondiente a un trienio perfeccionado el día 17 de octubre de 2015 y no percibido hasta el mes de febrero de 2016, una vez que se incorporó al servicio tras concluir la licencia por enfermedad que tenía concedida.

### **SEGUNDO** .- Tramitación en vía administrativa y fundamento normativo de la denegación de los atrasos del noveno trienio perfeccionado durante el período de incapacidad temporal .-

El recurrente es funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, encuadrado en el grupo de clasificación profesional C de los establecidos en el artículo 76 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, que estuvo en situación de licencia por enfermedad del 13 de octubre de 2015 hasta el 19 de enero de 2016, habiendo perfeccionado el noveno trienio el día 17 de octubre de 2015.

Al haber detectado el demandante que durante el período de incapacidad temporal no le fue abonada cantidad alguna derivada de ese noveno trienio, por escrito de 1 de febrero de 2016 solicitó que le fuesen abonados los atrasos relativos a los trienios de los meses que estuvo de baja posteriores al de perfeccionamiento.

Por resolución de 8 de febrero de 2016 le fue denegada la anterior solicitud, en base a que las retribuciones y complementos a percibir durante los primeros 90 días de incapacidad temporal por los funcionarios adscritos al Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración del Estado se regula en el artículo 9 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, y, según el apartado 4 de la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y Gastos, de 15 de octubre de 2012, por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones de aquel RDL 20/2012, de 13 de julio, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado, para el cálculo de los complementos y retribuciones a percibir durante los períodos de incapacidad temporal, e independientemente del régimen de Seguridad Social que corresponda, se tendrán en cuenta las retribuciones fijas e invariables correspondientes al mes inmediato anterior a la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal, sin computar, por ello, las retribuciones no fijas o variables, tales como incentivos al rendimiento o de naturaleza análoga.

De dicha redacción se dedujo que entre aquellas retribuciones a percibir durante los períodos de incapacidad temporal no puede incluirse un trienio perfeccionado durante ese período, de modo que cualquier modificación retributiva que se produzca durante dicha situación, incluido el cumplimiento de nuevos trienios, sólo tendrá efectos una vez producida el alta médica y sin carácter retroactivo.

Frente a la anterior resolución interpuso el señor Leopoldo recurso de reposición, que fue desestimado por la resolución de 4 de abril de 2016 que ahora se impugna.

### **TERCERO** .- Naturaleza y finalidad del trienio: derecho al abono de los atrasos.-

Los tres primeros apartados del artículo 9 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establecen:

*"1. La prestación económica de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales se regirá por lo dispuesto en este artículo.*



2. Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites:

1.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.

2.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

3. Quienes estén adscritos a los regímenes especiales de seguridad social del mutualismo administrativo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

A partir del día nonagésimo primero, será de aplicación el subsidio establecido en cada régimen especial de acuerdo con su normativa."

El criterio de excluir la percepción de la cantidad devengada por un trienio perfeccionado durante el período de incapacidad temporal, una vez alcanzada el alta, choca con la naturaleza y finalidad de esta retribución básica, y tampoco encuentra apoyo normativo en el RDL 20/2012.

El trienio es una retribución fija que consiste en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio, que se determina en función de la antigüedad en el Cuerpo o Escala ( artículos 22 y 23.b 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)

En esencia, se trata de una retribución que tiene por finalidad compensar al funcionario como consecuencia de la prestación continuada de servicios en la Administración, incorporándose a la nómina de dicho empleado público con carácter permanente a partir del momento en que se perfecciona, de manera que su percepción no puede quedar afectada por una situación episódica y eventual, como el hecho de que el funcionario se encuentre en situación de incapacidad temporal, puesto que su reconocimiento se somete al cumplimiento de una condición, cual la prestación continuada de servicios durante tres años, y una vez cumplida, surge el derecho del interesado a percibir mensualmente una cantidad mientras esté en activo.

Por tanto, si bien puede entenderse que mientras dure la situación de incapacidad temporal no se perciba la cantidad correspondiente al trienio perfeccionado, no existe norma ni razón alguna que impida que, una vez llegado el alta, tenga el funcionario derecho a que se le abonen los atrasos de aquél.

La anterior conclusión tampoco resulta desmentida por el tenor del artículo 9 del RDL 20/2012 , que directamente no aborda esta cuestión, ya que se dedica a la prestación económica que corresponde al personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales.

**CUARTO .-Naturaleza y finalidad de la instrucción de 15/10/2012; no obstáculo para la percepción de los atrasos del trienio perfeccionado .-**



La interpretación de que parte la resolución impugnada toma base en la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y Gastos, de 15 de octubre de 2012, pero, incluso aunque se reconociese valor normativo a dicha Instrucción, ni siquiera su apartado 4 abona el criterio aplicado por la Administración.

Ante todo conviene advertir que tal valor normativo es difícilmente predicable de aquella Instrucción, porque ni consta su publicación en el BOE o en Diario Oficial ni afecta a los aspectos externos de la organización.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han mostrado vacilantes al analizar aquella naturaleza, normativa o no, de las instrucciones, aunque en los últimos tiempos se inclinan mayoritariamente por denegarla cuando su contenido no rebasa en sus efectos a la organización interna.

En efecto, en su sentencia 27/1983, de 20 de abril, el Tribunal Constitucional declara que las instrucciones pueden ser disposiciones de carácter general o una manifestación de la potestad jerárquica, que se traduce en un acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración, por medio del cual los órganos superiores dirigen, con carácter general, la actividad de los inferiores.

En su sentencia 26/1986, de 19 de febrero, el mismo Tribunal Constitucional, ha declarado que las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo, en responsabilidad disciplinaria en caso contrario.

En el mismo sentido, de negar que las instrucciones y circulares puedan ser consideradas disposiciones de carácter general, se manifiestan la STC 47/1990, 20 de marzo, y la STC 150/1994, de 23 de mayo.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin embargo, no se manifiesta de forma tan uniforme como la sentada por el TC, en cuanto a la naturaleza jurídica de las instrucciones y circulares; dando lugar a una jurisprudencia muy vacilante e, incluso, contradictoria.

Así, se le ha atribuido naturaleza reglamentaria, por sus efectos *ad extra* de la organización, en las sentencias de 9 de enero de 1997 (Régimen agrario: cotizaciones. Percepciones por productos agrarios), 18 de marzo de 1996 (modelo formalizado del libro de inspección e incidencias en máquinas recreativas y de azar), 5 de julio de 1995 (cotizaciones adicionales por horas extraordinarias en el régimen especial de la Seguridad Social), 9 de abril de 1992 (intercambio de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros), y 20 de diciembre de 1983 (liquidación de cuotas a la Seguridad Social).

Frente a lo anterior, le ha atribuido naturaleza de reglamento interno u organizatorio la STS 4 de febrero de 1994 (participación de asociaciones, grupos y particulares en las tareas de resocialización penitenciaria).

Por el contrario, se atribuye a las instrucciones la naturaleza de actos administrativos en las STS 10 de febrero de 1997 (aprovechamiento de las explotaciones agrícolas), 13 de octubre de 1995 (inscripción en el registro oficial de auditores de cuentas), en la que expresamente se niega que pueda vulnerar el principio de jerarquía normativa, y en las STS de 9, 10, 16, 17, 23 y 24 de febrero de 1995, así como en la de 12 de febrero de 1990, y en la de Sala de revisión, de 13 de julio de 1995 (preferencia para cubrir vacantes de provisión normal por antigüedad en el Cuerpo Nacional de Policía).

Incluso ha existido un tercer grupo de sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que le ha atribuido a las instrucciones el carácter de normas internas, como ha sucedido con la de 14 de febrero de 1990, 22 de enero de 1993 (inspección financiera y tributaria), 22 de noviembre de 1990 (peticiones de autorizaciones de ocupación, cierre o realización de construcciones en zona de servidumbre colindante con zona marítimo terrestre), 9-6-1986 (recopilación de disposiciones sobre tasas y exacciones parafiscales aplicables a las liquidaciones realizadas por las Aduanas).

Más modernamente, como ha declarado la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006, el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse, pues lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión, de modo que cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en este último



caso se tratará de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos, y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten.

El artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre, sin perjuicio de destacar su carácter directivo de las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes, ordena su publicación en el boletín oficial que corresponda, cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse.

En el caso presente la instrucción impugnada, al menos en lo relativo a lo que es objeto de impugnación, no afecta a los aspectos externos de la organización, sino a su régimen interno, por lo que predomina más su faceta de acto que el de norma.

Pero es que, al margen de lo anterior, del apartado 4.1 de la Instrucción de 15 de octubre de 2015 tampoco cabe deducir que el funcionario no tenga derecho a que se le abone la cantidad correspondiente al trienio que perfeccionó mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal. Es más, dicho apartado más parece destinado a excluir del cálculo las retribuciones no fijas o variables, como incentivos al rendimiento o de naturaleza análoga, y si bien atiende a las retribuciones fijas e invariables correspondientes al mes inmediato anterior a la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal, una vez concluida esta no existe óbice para que puedan obtenerse los atrasos del trienio perfeccionado mientras se encontraba en aquella situación.

En todo caso, aquel apartado 4 está destinado a determinar la prestación económica a abonar al funcionario mientras se halle en situación de incapacidad temporal, pero nada dice de lo que dicho empleado público puede percibir después, como derivado de un trienio perfeccionado mientras duraba tal situación, por lo que la interpretación que sigue la Administración rebasa incluso lo que se contiene en la Instrucción.

Y es que mientras no transcurra el período de prescripción nada impide que el funcionario reclame y perciba las cantidades atrasadas correspondientes al trienio perfeccionado.

Por lo demás, la interpretación que ahora se propugna por la Administración entraña la imposición al funcionario de un mayor gravamen del que se deduce de la normativa vigente, y carece del apoyo necesario en ésta.

Por último, no existe controversia, puesto que nada ha rebatido sobre ello el Abogado del Estado, en torno a la cuantía que se reclama por este concepto, que se deriva del artículo 20.5. 1 y 2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, que fija la cantidad de 315'72 euros para el grupo C1 referida a 12 mensualidades, lo que supone una cantidad mensual de 26'31 euros, y 22'73 euros como valor del trienio de la extra de diciembre de 2015, y de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que para ese año lo fija en el artículo 19.5.1 en 318'96 anuales, que se corresponden con 26'58 euros mensuales.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso.

#### **QUINTO** .- **Costas procesales y fijación de límite máximo.**-

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse las costas a la Administración demandada, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho, fijando en 500 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del recurrente, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para exponer los motivos de impugnación esgrimidos y tomando en consideración la reducida cuantía de lo pretendido.

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

que **estimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Don Leopoldo** contra resolución de 4 de abril de 2016 de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior, por delegación del Subsecretario del Ministerio del Interior, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de 8 de febrero de 2016, por la que se acordó denegar la petición de abono, en concepto de atrasos, de lo



correspondiente a un trienio perfeccionado el día 17 de octubre de 2015 y no percibido hasta el mes de febrero de 2016, y, en consecuencia, anulamos la resolución impugnada y reconocemos el derecho del recurrente al percibo de la cantidad de ciento un euros y noventa y tres céntimos (101'93 €), condenando a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración, imponiendo a la demandada las costas, fijando en 500 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0132-16), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACION.-** La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Fernando Seoane Pesqueira al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, a 14 de **no** viembre de 2016.