



Roj: **STSJ GAL 9328/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:9328**

Id Cendoj: **15030330012016100656**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2016**

Nº de Recurso: **297/2016**

Nº de Resolución: **701/2016**

Procedimiento: **Cuestión de Ilegalidad**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00701/2016

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso número: Cuestión de Ilegalidad 297/2016

Recurrente: Felicidad

Administración demandada: Servizo Galego de Saúde

EN NO MBRE 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^a. Dolores Rivera Frade

D. Julio César Díaz Casales

A Coruña, a 22 de diciembre de 2016.

En el recurso contencioso-administrativo que, con el número 297/2016, CUESTION DE ILEGALIDAD, pende de resolución ante esta Sala, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de A Coruña, a instancia de D^a. Felicidad, representada por el Procurador D. Miguel Vilariño García y dirigida por la Letrada D^a. Francisca Dolores Arias Castro, contra el Servizo Galego de Saúde dirigido por el Letrado del Sergas, sobre limitación de permiso.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de instancia se dictó Auto en el Procedimiento Abreviado núm. 222/2016, cuya parte dispositiva dice: "ACUERDO, plantear la cuestión de ilegalidad frente a la limitación del permiso establecida en las instrucciones del Servicio Galego de Saúde de 29.10.01 y en el punto 5 de la sexta instrucción de la resolución de 24.02.16, de la Dirección Xeral da Función Pública de la **Consellería de Facenda**, aplicada en la resolución de la directora de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde de 12.05.16, que confirmó la del titular de la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña de 01.02.16, en la que le denegó a doña Felicidad



dos de los cuatro días de permiso retribuido que solicitó por la hospitalización de un familiar de segundo grado en otra localidad.

Emplácese a las partes para que comparezcan ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dentro de un plazo de 15 días."

SEGUNDO : Recibido testimonio de las actuaciones del Juzgado, se admitió a trámite el presente recurso contencioso-administrativo 297/2016, Cuestión de Ilegalidad y personados el Procurador D. Miguel Vilariño García, en representación de D^a. Felicidad y el Letrado del Sergas, en nombre y representación del Servizo Galego de Saúde, se declaró concluso el procedimiento y se pasó al Ponente para dictar resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Planteamiento general y términos de la cuestión .-

En virtud de sentencia firme de 28 de octubre de 2016 el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Felicidad , personal estatutario interino con la categoría profesional de técnico de farmacia en el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña (CUAC), frente a la resolución de 12 de mayo de 2016 de la Directora de Recursos Humanos del Sergas, que confirmó la de 1 de febrero de 2016 de la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña, por la que se denegaron dos de los cuatro días de permiso retribuido que solicitó por hospitalización de un familiar de segundo grado en otra localidad, anulando dicha resolución y reconociendo a la demandante los dos días de permiso que le restaban.

Para dicha denegación en vía administrativa el Sergas había aplicado las instrucciones del propio Sergas de 29 de octubre de 2001 y el punto 5 de la sexta instrucción de la resolución de 24 de febrero de 2016 de la Dirección Xeral da Función Pública, que limitan el número de días de permiso a los de hospitalización, que en el caso de la demandante eran dos, por lo que se denegaron los dos días restantes solicitados.

En su sentencia el titular del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña entendió que el precepto aplicable era el 108.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que completaba el párrafo segundo del artículo 48.a 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, a tenor de los cuales, en el caso de enfermedad grave que comporte la hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el funcionario tendrá derecho a un permiso de dos días hábiles si el suceso se produce en la misma localidad y de cuatro días hábiles si se produce en distinta localidad.

Al entender que la limitación del permiso establecida en aquellas instrucciones vulnera lo dispuesto en la mencionada normativa básica, así como en la ley autonómica, dicho juzgador acordó plantear la cuestión de ilegalidad respecto a las citadas instrucciones.

SEGUNDO .- Exposición de la regulación cuestionada y de la normativa con la que ha de ser contrastada .-

A fin de comprobar si las instrucciones, respecto a las que se plantea la cuestión de ilegalidad son contrarias a la normativa básica en esta materia, se hace necesario reproducir el tenor de las mismas.

Así, en primer lugar, el punto 5.1 del apartado 5 (relativo a permisos y licencias) de la resolución de 1 de marzo de 2001, por la que se publica el acuerdo de concertación social sobre retribuciones y condiciones de trabajo del personal sanitario no facultativo y personal no sanitario del Sergas, publicado en el Diario Oficial de Galicia de 19 de marzo de 2001, recoge el permiso retribuido por enfermedad grave de familiar en los siguientes términos:

" Tendrá derecho a un permiso retribuido de cuatro días naturales ininterrumpidos por fallecimiento, enfermedad grave o intervención quirúrgica grave de cónyuge o pareja de hecho, familiar de primer grado por consanguinidad, afinidad, acogimiento, hermanos, abuelos y nietos . "

Dicha normativa fue interpretada por la Comisión de Seguimiento del anterior acuerdo, y plasmada en las instrucciones de 29 de octubre de 2001, dictadas por la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas, y respecto a aquel punto 5.1.5 se estableció que los días de permiso se graduarían en función de la duración del proceso hospitalario, de modo que procesos con duración igual o superior al del proceso hospitalario, dan lugar al aprovechamiento del total de los días de permiso reconocidos, y cuando la duración del proceso hospitalario resulta inferior, da lugar a tantos días de permiso como días de hospitalización, teniendo en cuenta que la duración máxima no puede ser superior al número máximo de días que concede el permiso, y en los supuestos de intervención quirúrgica sin ingreso, se concederá el día de la intervención.



Por su parte, la instrucción 6ª de la resolución de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias, publicada en el DOG de 4 de marzo de 2016, recoge el siguiente contenido:

" En los casos de fallecimiento, accidente o enfermedades graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el personal funcionario y el personal laboral tienen derecho a un permiso de dos días hábiles si el suceso se produce en la misma localidad y de cuatro días hábiles si el suceso se produce en distinta localidad.

En el caso de hospitalización, se entenderá que ésta se produce cuando conlleve la estancia hospitalaria que incluye una noche y una comida principal en el centro hospitalario. En este caso, si los días de hospitalización son inferiores al tiempo máximo de este permiso, éste quedará limitado a los días de hospitalización, excepto que esta hospitalización conlleve reposo domiciliario. Entonces, este tiempo se computará para completar el período máximo permitido "

La normativa básica en esta materia está constituida por el artículo 48 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, relativo los permisos de los funcionarios públicos, en cuyo párrafo segundo del apartado a) se contiene el que ahora interesa, estableciendo:

" Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos...:

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad" .

Ese carácter de normativa básica se recoge en la Disposición final primera de dicho RDL 5/2015, que establece:

" Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios " .

Por tanto, la regulación que complementa la anterior se tiene que adaptar a ella y no puede contradecirla.

Dentro de la regulación autonómica, se recoge la regulación en el artículo 108.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, según el cual:

" En los casos de fallecimiento, accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el personal funcionario tiene derecho a un permiso de dos días hábiles si el suceso se produce en la misma localidad y de cuatro días hábiles si se produce en distinta localidad " .

TERCERO .- Jurisprudencia constitucional sobre la normativa básica en la materia .-

Es indudable que toda normativa autonómica ha de atenerse a la básica estatal, pues, como ha declarado la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 158/2016, de 22 de septiembre, en su fundamento jurídico tercero:

" En el ámbito del régimen jurídico del personal del sector público autonómico inciden ciertas competencias estatales. En primer lugar, el Estado es competente ex art. 149.1.18 CE para establecer la regulación básica de los derechos y deberes del personal del sector público que tenga la condición de funcionario, incluido el que forme parte de la función pública autonómica. Así lo ha declarado este Tribunal en relación a la determinación básica de sus retribuciones (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3 ; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 4 ; 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6, entre otras), de sus permisos y vacaciones (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8) y, últimamente, de su jornada de trabajo (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7). "

En consecuencia, a las Comunidades Autónomas sólo le corresponde el desarrollo normativo legislativo de dicha normativa básica, tal como aclara la misma sentencia del TC 158/2016, en el mismo fundamento jurídico un poco más adelante:

"En este ámbito material -el del régimen jurídico del personal del sector público autonómico- también concurren competencias autonómicas junto con las estatales indicadas. Compete a las Comunidades Autónomas, respecto de aquella parte de su personal que tenga la condición de funcionario, el desarrollo legislativo de la regulación básica estatal ex art. 149.1.18 CE y su ejecución (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8)."

Y termina diciendo el Tribunal Constitucional en el mismo fundamento jurídico:

" Corresponde también a las Comunidades Autónomas, esta vez respecto de todo el personal a su servicio, independientemente de que su vínculo sea funcional o laboral, y en virtud de las competencias que sus



Estatutos les reconozcan para organizar sus instituciones en general, y el personal a su servicio en particular, la determinación de las condiciones concretas de trabajo de dicho personal (AATC 55/2016, de 1 de marzo, FJ 5 ; 83/2016, de 26 de abril, FJ 3, y STC 99/2016, FJ 7). Ahora bien, el ejercicio que cada Comunidad Autónoma haga de esta competencia se entiende "sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE" (STC 99/2016, FJ 7), esto es, será un ejercicio constitucionalmente legítimo mientras no desconozca o menoscabe las decisiones que el Estado pueda adoptar en virtud de sus competencias propias, entre las que destacan por lo que hace a esta materia, como antes se ha razonado in extenso, las que le atribuyen las cláusulas 7 y 18 del art. 149.1 CE".

CUARTO .- Contravención por las instrucciones cuestionadas de la normativa básica en la materia.-

Resulta manifiesto que las instrucciones cuya legalidad se cuestiona no se atienen a la normativa básica estatal, ni siquiera la instrucción 6ª de la resolución de 24 de febrero de 2016, en el aspecto anteriormente reproducido, pese a ser posterior a la entrada en vigor del artículo 48.a párrafo segundo.

En efecto, en dicha normativa básica estatal no se limitan los días de permiso a los de hospitalización, ya que en todo caso de enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Tampoco en la Ley autonómica 2/2015 se limita la duración del permiso en función del tiempo de hospitalización, pues el permiso es de dos días hábiles si el suceso se produce en la misma localidad y de cuatro días hábiles si se produce en distinta localidad en los casos de fallecimiento, accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Por tanto, se contraviene aquella normativa básica estatal, así como la legalidad autonómica, en las instrucciones sometidas a enjuiciamiento en las que se limita el número de días de permiso a los de hospitalización.

Dicha contravención obliga a depurar el ordenamiento jurídico con la expulsión de aquellas instrucciones que infringen la normativa básica, máxime si se tiene en cuenta que su eficacia externa y publicación en el Diario Oficial de Galicia refuerza su carácter normativo (sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006).

Asimismo, los artículos 126 LJ y 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre , de régimen jurídico del sector público, obligan a publicar en el DOG la presente sentencia.

Por todo lo cual procede el acogimiento de la cuestión de ilegalidad planteada.

QUINTO .- Costas .-

No procede una especial imposición de costas, dado que la cuestión se ha planteado de oficio y tampoco se han generado ninguna.

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

FALLAMOS

que **estimamos** la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña, y en consecuencia, se declara la **ilegalidad y consiguiente nulidad** de la limitación del permiso establecida en las instrucciones del Sergas de 29 de octubre de 2001 y en el punto 5 de la sexta instrucción de la resolución de 24 de febrero de 2016 de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias; sin hacer imposición de costas.

Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial de Galicia, y comuníquese al Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña.

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 (1570-0000-85-0297-2016), 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 22 de diciembre de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ