SENTENCIA N° 661/2016
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO MÁLAGA
Sección 2ª

RECURSO N°: 459/2.013

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. JOSE BAENA DE TENA
Dª. BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

En la Ciudad de Málaga, a veintiocho de marzo de dos mil dieciséis.-

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 459/2.013, interpuesto por **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, representada por la Procuradora Sra. Aguilera Santiago y asistida por el Abogado Sr. Aparicio Marbán, contra **LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La mencionada representación de **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de fecha 13 de mayo de 2.013 dictada por la Delegación de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se desestima el recurso formulado por la recurrente contra la Resolución de fecha 15 de febrero

de 2013 dictada por la Delegada de la AEAT, al considerar la Administración demandada que su baja por enfermedad no se encuentra entre los supuestos de excepción del artículo 9.5 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, con los efectos económicos pertinentes.

SEGUNDO.- Que admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido y en el que suplicaba se dictase sentencia por la que estimando el recurso se anulase el acto administrativo impugnado y se declarara haber lugar al reconocimiento de su pretensión. Dado traslado a la representación de la Administración demandada para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que considero de aplicación solicitaba se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso por ser ajustado a derecho el acto impugnado, y una vez admitida las pruebas pertinentes y tras el trámite conclusiones, quedaron conclusos los autos para sentencia y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar en el día fijado al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita en su demanda la anulación de la resolución impugnada y que se reconozca su derecho:

-A que su incapacidad temporal transcurrida desde el 12 de diciembre de 2012 y el 10 de enero de 2013, se encuentra incluida dentro de las excepciones recogidas en el artículo 9.5 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio.

-Abonar a la actora el complemento equivalente a la retribución que la actora venía percibiendo en el mes anterior a la situación de incapacidad, junto con los intereses indemnizatorios, destinados a compensar la mora y/o retraso en efectuar el pago reclamado, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del CC, que deberán ser calculados desde la reclamación efectuada por la recurrente en vía administrativa, o, con carácter subsidiario, desde la interposición del recurso contencioso-administrativo, y en cualquier caso hasta la fecha de la notificación de la Sentencia.

1.

2. La parte actora basa su pretensión en el artículo 9.5 del Real Decreto Ley 20/2012, que establece de manera concisa y clara que cada

Administración Pública podrá determinar, respecto de su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica. En atención a dicho precepto, entiende la parte actora que la Instrucción que lo desarrolla, en ningún momento podrá limitar y excluir supuestos que se consideren justificados, limitando las intervenciones quirúrgicas exclusivamente a las que deriven de tratamientos que estén incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud. Si a pesar de lo expuesto, el Tribunal considerara que la limitación establecida en la Instrucción complementaria es ajustada a derecho, la intervención quirúrgica a la que fue sometida la recurrente (cirugía ocular de hipermetropía mediante laser, tal como consta en los informes médicos que obran en el expediente administrativo) es una intervención quirúrgica que debe considerarse incluida dentro de la cartera básica del Sistema Nacional de la Salud, al ser una cirugía mayor ambulatoria, y que en el caso de la recurrente, era totalmente necesaria, dada su intolerancia a las lentes de contacto.

- 3.
4. El fundamento de la denegación esgrimido por la Administración demandada, esencialmente, era que, como pone de relieve la resolución recurrida, el tratamiento médico de que fue objeto no está incluido en la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud. Basta con analizar los Anexos del Real Decreto 1030/2006 para comprobar que la cirugía ocular de hipermetropía mediante laser no se encuentra en la cartera básica.
- 5.
6. **SEGUNDO.-** Concretado en estos términos el debate planteado por las partes, para su resolución, debemos fijar inicialmente los hechos, así como el marco jurídico en el que se mueve la pretensión de la recurrente.

En cuanto a los Hechos, precisar:

- 1.- La interesada presentó parte inicial de baja por enfermedad con un determinado código de diagnóstico el 12 de diciembre de 2012 y el parte de alta el 10 de enero de 2013.

2.- La Delegada de la AEAT de Málaga dictó Resolución de fecha 15 de febrero de 2013, en uso de sus competencias delegadas, de concesión de licencia por enfermedad por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2012 y el parte de alta el 10 de enero de 2013.

3.- Contra la citada Resolución se interpone recurso; a tales efectos recae Resolución de fecha 3 de mayo de 2013 dictada por la Delegación de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se desestima el recurso formulado por la recurrente, al considerar la Administración demandada que su baja por enfermedad no se encuentra entre los supuestos de excepción del artículo 9.5 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, con los efectos económicos pertinentes. Resolución que constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

Acto seguido, debemos entrar a analizar la normativa objeto de aplicación: Como en otras materias, ha sido el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, el vehículo normativo utilizado para operar la reforma del régimen retributivo de la situación de IT. A sus disposiciones en la materia, por lo que se refiere a la AGE, le han dado cumplimiento operativo la Instrucción Conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, de 15 de octubre de 2012 (en adelante, Instrucción 15 de octubre de 2012). Por tanto, las normas básicas reguladoras sabemos ya que son, por un lado, el RDL 20/2012, en concreto el artículo 9 (prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de las mismas y órganos constitucionales) y su disposición adicional decimoctava (incapacidad temporal en la Administración del Estado) y, por otro, la Instrucción 15 de octubre de 2012.

Así, el artículo 9 en su apartado 3 dispone: “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.”

A continuación, y en lo que aquí nos interesa, nos remitimos al apartado 5 que establece: “Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”

En desarrollo del citado Real Decreto-Ley, tal como hemos indicado, ha sido dictada la Instrucción 15 de octubre de 2012, que en su apartado 7 “Circunstancias excepcionales” establece lo siguiente: “1. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 y Disposición Adicional decimoctava, en los supuestos en los que la situación de incapacidad temporal implique una intervención quirúrgica u hospitalización, las retribuciones a percibir desde el inicio de esta situación equivaldrán igualmente a las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de la incapacidad, aun cuando la intervención quirúrgica u hospitalización tengan lugar en un momento posterior, siempre que corresponda a un mismo proceso patológico y no haya existido interrupción en el mismo. Para la determinación de la intervención quirúrgica a la que se refiere este apartado, se considerará como tal la que se derive de tratamientos que estén incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud.

2.- De acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 9, los procesos de incapacidad temporal que impliquen tratamientos de radioterapia o quimioterapia, así como los que tengan inicio durante el estado de gestación, aun cuando no den lugar a una situación de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia, tendrán esta misma consideración de circunstancia excepcional.

3.- La concurrencia de las circunstancias señaladas en este apartado deberá ser acreditada mediante la presentación de justificantes médicos oportunos en el plazo de veinte días desde que se produjo la hospitalización, intervención o tratamiento, sin perjuicio de la posibilidad de presentar nueva documentación en un momento posterior.”

Por otra parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En el mismo se fijan, entre otras cuestiones, los tratamientos médicos que están o no incluidos en la referida cartera básica.

Establecida la normativa objeto de aplicación, ya estamos en disposición de solventar las cuestiones planteadas por la recurrente. En un primer término, la parte actora basa su pretensión en el artículo 9.5 del Real Decreto Ley 20/2012, al entender que la intervención de hipermetropía se incluye en los supuestos de intervención quirúrgica; sin que la Instrucción que lo desarrolla, pueda limitar y excluir supuestos que se consideren justificados, limitando las intervenciones quirúrgicas exclusivamente a las que deriven de tratamientos que estén incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud.

7. La Administración demandada no da respuesta a dichas alegaciones, exclusivamente se limita a indicar que el tratamiento médico de que fue objeto no está incluido en la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud; bastando con analizar los Anexos del Real Decreto 1030/2006 para comprobar que la cirugía ocular de hipermetropía mediante laser no se encuentra en la cartera básica.

Pues bien, la principal cuestión a determinar es si efectivamente la Instrucción objeto de aplicación excede de los términos de desarrollo que le confiere el Real Decreto Ley 20/2012, al limitar las intervenciones quirúrgicas exclusivamente a aquellas que resultan contempladas en la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud.

De las citadas previsiones legales podemos formular las siguientes conclusiones: Efectivamente el art. 9.5 reconoce la posibilidad de que cada Administración Pública, por lo tanto, es una decisión que debe adoptar cada Administración pública, «podrá» determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien % de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento; ahora bien en el

último inciso se establece que a estos efectos, se considerarán en todo caso, debidamente justificados, los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica; es decir, cada Administración puede determinar los supuestos en los que cabe complementar hasta el 100% en los casos de ILT, si bien entre ellos la hospitalización y la intervención quirúrgica se encuentran suficientemente justificados a los ojos del redactor del Real Decreto Ley.

Sentado lo anterior, debemos compartir los razonamientos esgrimidos por la parte actora, en la medida que partiendo de que el Real Decreto Ley es una norma con rango de ley, la Instrucción Complementaria que lo desarrolla, en atención al principio de jerarquía normativa, no puede contravenir su contenido, y es lo que ocurre en el caso de autos. El Real Decreto Ley determina con precisión que “en todo caso” se considerarán debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica. En consecuencia, si examinamos el tenor literal de la norma, es claro, pues utiliza el término en todo caso, sin realizar exclusión alguna; si bien la Instrucción que lo desarrolla, en contra de lo dispuesto en una norma con rango superior, limita los supuestos de intervención quirúrgica exclusivamente a las que deriven de tratamientos que estén incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, por lo que restringe un derecho que tenía el demandante con fundamento en el artículo 9.5 del Real Decreto Ley; en contra del derecho al percibo de los concretos emolumentos generado conforma a Ley.

Por tanto y conforme a los argumentos expuestos, se estima el presente recurso, anulando el acto administrativo impugnado, por no ser conforme a derecho, debiendo la Administración demandada abonar a la actora el complemento equivalente a la retribución que la actora venía percibiendo en el mes anterior a la situación de incapacidad transcurrida desde el 12 de diciembre de 2012 y el 10 de enero de 2013, junto con los intereses indemnizatorios, que deberán ser calculados desde la reclamación efectuada por la recurrente en vía administrativa.

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer el pago de las costas de esta instancia a la Administración.

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, representada por la Procuradora Sra. Aguilera Santiago y asistida por el Abogado Sr. Aparicio Marbán, contra la resolución descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución, anulándola por resultar contraria a derecho, debiendo la Administración demandada abonar a la actora el complemento equivalente a la retribución que la actora venía percibiendo en el mes anterior a la situación de incapacidad transcurrida desde el 12 de diciembre de 2012 y el 10 de enero de 2013, junto con los intereses indemnizatorios, que deberán ser calculados desde la reclamación efectuada por la recurrente en vía administrativa; y con expresa condena en costas a la Administración demandada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

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

PUBLICACION. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por los Magistrados que la suscriben estando celebrando audiencia pública de lo que yo la Secretaría. Doy fe.