

# CUADERNOS DE DERECHO ORGÁNICO

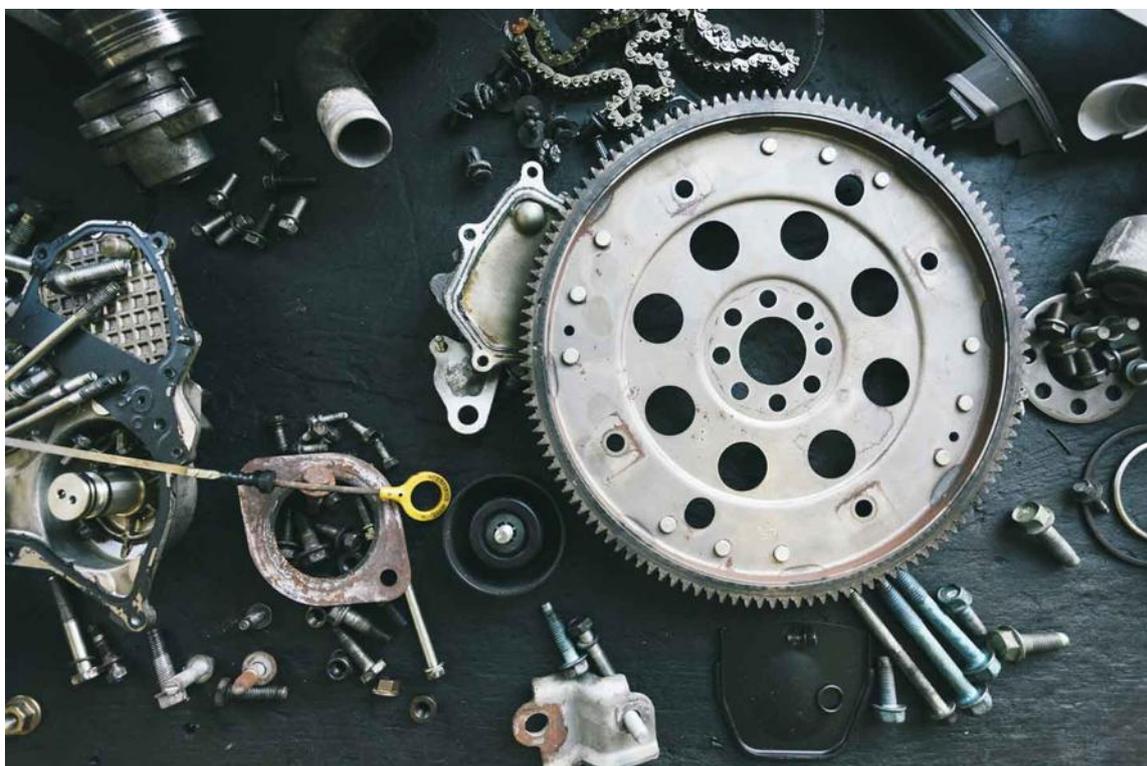
*Nº 1. Diciembre de 2016*

**AJFV-ASOCIACIÓN DE JUECES Y  
MAGISTRADOS FRANCISCO DE  
VITORIA**

---

Dirección: Comité Nacional

Coordinación: Natalia Velilla Antolín



# DESCUENTO DE HABERES EN LA NÓMINA DE JUECES Y MAGISTRADOS POR ENFERMEDAD

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS. MAGISTRADO

El art. 375 LOPJ disponía respecto a los miembros de la carrera judicial que las licencias por enfermedad hasta el sexto mes no afectarían al régimen retributivo. A partir del sexto mes se percibiría las retribuciones básicas y por razón de familia, sin perjuicio de los complementos de conformidad con el régimen de la Seguridad Social aplicable. El art. 228 del Reglamento de la Carrera Judicial dispone que procederá «la licencia por enfermedad cuando la dolencia impida el normal desempeño de las funciones judiciales. Sus efectos se retrotraerán al sexto día de la inasistencia al lugar de trabajo».

Este régimen de licencias por enfermedad se contiene en una norma con rango de ley orgánica debido a que afecta al régimen estatutario de jueces y magistrados, que está garantizado por el art. 122 CE reservando a la LOPJ la competencia para determinar la constitución,

funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia, así como el estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

Sin embargo, una norma que carece de competencia y de rango de ley orgánica modificó el régimen de las licencias por enfermedad, en concreto el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad en su art. 9.4 disponía que:

***«Los integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Secretarios judiciales, así como los Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como, en su caso, la prestación por 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 día 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 de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.»***

Esta modificación legislativa supone un cambio sustancial respecto al régimen anterior e invade materia reservada a ley orgánica. El estatuto de jueces y magistrados está reservado a la competencia de la ley orgánica, y por lo tanto el régimen de la licencia de enfermedad al formar parte del citado estatuto está vedado a la ley ordinaria. La utilización de la ley como instrumento normativo para regular las licencias por enfermedad es inconstitucional al invadir materia reservada a ley orgánica. En este sentido, las SSTC de 13 de febrero de 1981 y de 5 de agosto de 1983 ya pusieron

de manifiesto la inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que invaden competencias reservadas a materia de ley orgánica. La modificación operada por el legislador a través del RDL 20/2012, de 13 de julio además de ignorar el art. 122 CE, parte de un error de concepto al incluir el régimen estatutario de jueces y magistrados en el mismo grupo que los funcionarios de la Administración del Estado, creando un **totum revolutum**, sin ser tener en cuenta que la Constitución trata de garantizar que los miembros que desarrollan la función jurisdiccional tengan un estatuto propio.

El legislador, quizás, consciente de esta carencia introdujo en la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la modificación del ap. 3 del art. 375, que queda redactado del siguiente modo:

**«3. Las demás licencias y permisos no afectarán al régimen retributivo de quien los disfrute, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. En el caso de las licencias por enfermedad, los integrantes de la Carrera Judicial, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como, en su caso, la prestación por hijo a cargo, desde el primer al tercer día de la**

situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquéllas 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 por hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el día ciento ochenta, 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 las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

A partir del día ciento ochenta y uno será de aplicación el subsidio establecido en el apartado 1.B) del art. 20 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Por el órgano competente se determinarán los supuestos en los 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 ningún caso los funcionarios adscritos a los regímenes especiales de seguridad social gestionados por el mutualismo administrativo podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios adscritos al régimen general de la seguridad social, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos. Las referencias a días incluidas en el presente número se entenderán realizadas a días naturales.»**

Es decir, se contemplan una reducción de haberes para aquellos miembros la carrera judicial que en supuestos de licencia por enfermedad que se encuentren en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes. Sin embargo, no establece la reducción de haberes a los supuestos de licencias por enfermedad que no den lugar a la situación de incapacidad temporal. Hay que recordar que el trabajador puede ausentarse por enfermedad sin necesidad de darse de baja, por lo que se puede producir una ausencia al trabajo justificada por

causa de enfermedad que no da lugar a incapacidad temporal, para los miembros de la carrera judicial hasta cinco días naturales según el art. 227 del Reglamento de la carrera judicial.

A la vez que se tramitaba la citada modificación de la LOPJ se introdujo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 en la disp. adic. 38.<sup>a</sup> una nueva modificación del régimen de licencias por enfermedad que se añade a una efectuada en el Real Decreto Ley, de tal manera que la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, comportará, la aplicación del descuento en nómina previsto para la situación de incapacidad temporal. Además, deja la puerta abierta a que el descuento de la nómina no se aplique cuando el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural no supere las cifras que se establezca en la orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas (ya ha sido desarrollado por la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad

temporal de tal manera que el descuento en nómina no será de aplicación a cuatro días de ausencias a lo largo del año natural, de las cuales sólo tres podrán tener lugar en días consecutivos, siempre que estén motivadas en enfermedad o accidente, y no den lugar a incapacidad temporal.).

En la citada disposición se habilita al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, adopte las medidas necesarias con objeto de que el contenido de la misma y resulte aplicable al personal al servicio de la Administración de Justicia comprendido en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Nuevamente, hay que objetar a esta modificación lo señalado para el Real Decreto Ley en cuando esta materia está regulada con rango de ley orgánica no puede verse afectada por una norma con rango de ley ordinaria que carece de competencia. La competencia para el desarrollo reglamentario no la tiene el Gobierno, sino el Consejo General del Poder Judicial [art. 560.16 m) LOPJ]. Además, hay que recordar que no se podrán crear situaciones nuevas no previstas en la ley, pues exceden de la potestad reglamentaria, máxime cuando como en este supuesto afectan al régimen estatutario de jueces y magistrados.

La Instrucción 1/2013 del Consejo General del Poder Judicial sobre retribuciones en el apartado cuarto contempla una reducción de haberes por inasistencias al despacho por razón de enfermedad a partir del cuarto día a lo largo del año natural. Sin embargo, la reducción de haberes en el artículo 375.3 de la LOPJ está previsto para los supuestos de licencias por enfermedad en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, solo en este supuesto, pero no para la licencias por enfermedad o inasistencias al despacho por razón de enfermedad que no den lugar a incapacidad temporal. No toda enfermedad lleva aparejada la incapacidad temporal. El Reglamento de la Carrera judicial -art. 227- autoriza la inasistencia por razón de enfermedad durante cinco días sin necesidad de solicitar la licencia por enfermedad, siendo posible, como se ha expuesto anteriormente, no asistir al trabajo por enfermedad sin estar en IT. La LOPJ no habilita a reducir haberes en situaciones que no sean los de incapacidad temporal, mientras que la Instrucción extiende y reconoce implícitamente dicha reducción de haberes a la inasistencia al despacho por razón de enfermedad sin estar en incapacidad temporal. Por lo tanto, excede de los supuestos previstos en la LOPJ e invade competencias que están reservadas a la misma por la Constitución española al afectar al estatuto de jueces y magistrados, en concreto, a su régimen retributivo. En la Administración del Estado fue necesario una norma con rango de ley para reducir haberes en el

supuesto de inasistencia por razón de enfermedad sin IT, igualmente sería necesario modificar la LOPJ, mientras tanto la asimilación al régimen de los funcionarios públicos que se realiza carecería de cobertura legal.

En conclusión, ***sólo se debería proceder al descuento en la nómina de aquellas licencias por enfermedad que den lugar a incapacidad temporal por contingencias comunes,*** pero no por las ausencias por enfermedad que no den lugar a incapacidad temporal, pues se carecería de habilitación al no contemplarse en la LOPJ, debiéndose estar a lo dispuesto en el art 227 del Reglamento de la carrera judicial.

**FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS**

**Magistrado Juzgado de lo Contencioso Administrativo  
nº 9 de Sevilla**