

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2016/0005850



(01) 31485445899

Procedimiento Ordinario 255/2016 O – 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 255/2016
SENTENCIA Nº 171/2018

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D^a Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Magistrados:

D^a. Emilia Teresa Díaz Fernández

D. Rafael Botella García-Lastra

Doña María Jesús Vegas Torres

Doña Juana Patricia Rivas Moreno

En la Villa de Madrid, a 22 de marzo de 2018.

VISTO el Recurso Contencioso Administrativo **Procedimiento Ordinario número 255/2016** formulado ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx representada por el Procurador don José Luis Barragués Fernández en reclamación de cantidad, contra resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de fecha **11/1/2016** desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la resolución de fecha **22/09/2015** en la que se acordó desestimar la solicitud instada sobre reducción indemnización por residencia

practicada, como consecuencia de reducción de jornada por cuidado de hijos menores desde el año 2008, cuantificando la pretensión en 6.720,23 euros.

Ha sido parte demandada el Ministerio de Defensa, representado y defendido por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el Recurso en fecha 28/3/2016, se reclamó el Expediente a la Administración, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, presentando la misma en fecha 27/5/2016, expresando en los hechos y fundamentos de Derecho las alegaciones que consideró de aplicación, solicitando la estimación del recurso formulado.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó a la demanda en fecha 28/07/2016, se opuso a la misma, de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, solicitando que se dicte Sentencia desestimatoria del recurso y confirmarse la resolución recurrida.

TERCERO.- En fecha 28/07/2016 recayó Decreto de cuantía. Tramitado el procedimiento con el resultado que es de ver en autos, quedando el pleito concluso, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, notificándose a las partes según consta en las actuaciones.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 22/11/2018, se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 24/1/2018, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a Amparo Guilló Sánchez-Galiano, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de fecha **11/1/2016** desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la resolución de fecha **22/09/2015** en la que se acordó desestimar la solicitud instada sobre reducción indemnización por residencia practicada, como consecuencia de reducción de jornada por cuidado de hijos menores desde el año 2008, cuantificando la pretensión en 6.720,23 euros.

Se solicita según el tenor literal del suplico de la demanda que sean anuladas las dos resoluciones impugnadas declarando no ajustados a Derecho los descuentos realizados en la indemnización por residencia durante el tiempo de disfrute de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de doce años, acordándose proceder a abonar a la recurrente las cantidades dejadas de percibir retrotrayéndose esos efectos desde el 27 de agosto de 2015 dentro del plazo de prescripción de la LGP y en consecuencia no se le detraigan en el futuro por ese concepto, determinándose la cantidad en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Se postula por la parte recurrente una pretensión anulatoria consistente en que se anule la Resolución objeto del Recurso, citando Sentencias de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Sostiene la parte recurrente que la indemnización por residencia, en este caso en Canarias, no puede tenerse en cuenta en la forma en que se aplica. Añade a lo anterior que resulta evidente que la indemnización por residencia que se percibe, tiene carácter objetivo y viene a indemnizar las especiales circunstancias que rodean la plaza que se ocupa, circunstancias que no concurren en otros militares, retribuyendo zonas catalogadas, al margen del tiempo de prestación de servicios, siendo de carácter indemnizatorio por lo que no puede verse reducida. En este sentido cita la OM 12/2006 que aprueba normas sobre horario vacaciones y licencias en los casos en que se concede una reducción de jornada se establece una reducción proporcional de sus retribuciones básicas y complementarias. Que el RD 1314/2005 distingue entre retribuciones básicas y complementarias y ayudas e indemnizaciones.

Se ha opuesto la Abogacía del Estado en la representación que ostenta en la contestación a la demanda expresando lo siguiente: que la indemnización forma parte de las retribuciones, citando el Decreto del MH de 261/71 y la Resolución de 25/5/2010 de la Secretaría de Estado de Presupuestos, citando SAN de 10/2/2016. Solicita la desestimación de la demanda y la expresa imposición de costas.

TERCERO.- Ante todo se ha de reseñar que esta misma Sala y Sección ha dictado Sentencia en el PO 387/2016 de fecha 21 de noviembre de 2017 sobre asunto idéntico al que ahora se plantea, así como en el PO 393/2016 de fecha 21 de septiembre de 2017, por lo que la unidad de doctrina determina que debemos mantener lo ya señalado en dichas Sentencias. Dijimos allí y ahora reiteramos, lo siguiente:

“...Debemos señalar STS de este Tribunal Superior de Justicia del año 2010, recientes Sentencias del TSJ de Canarias, Sede Tenerife de fecha 22/3/2016 en la que se acoge la pretensión instada, para caso idéntico. Esta doctrina ha sido acogida por esta Sección en reciente pronunciamientos: PO 79/2016 y en Sentencia dictada en el **PO 393/2016** de fecha 21/9/2017 en la que se dijo:

<<< (...) “La parte actora solicita la anulación de la resolución impugnada y pide que se le abonen las cantidades descontadas en concepto de indemnización por residencia durante el tiempo que disfrutó de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de 12 años, retrotrayéndose esos efectos a la fecha en que empezó dicho disfrute.

Defiende que la indemnización por residencia no es una retribución salarial sino de naturaleza “compensatoria” y por ello no retributiva, por lo que considera que no se le puede aplicar la reducción expresada en la Orden Ministerial DEF/253/2015. (...)

El artículo 6 del Decreto 361/1971, de 18 de febrero, sobre indemnización por residencia, establece que “el personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, percibirá la indemnización por residencia disminuida en la misma proporción”. Una interpretación literal del precepto nos lleva a la consecuencia de reducir el sueldo en todos los casos de reducción de jornada. Pero veamos cuál es la norma habilitante de la potestad reglamentaria para así mejor poder interpretar el precepto.

En su exposición de motivos se dice que es la ley 31/1965, de 4 de mayo, sobre retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, en su disposición final octava, la que autoriza al Gobierno para que “regule, modifique, suprima o acomode al régimen establecido por esta Ley las asignaciones por residencia de los funcionarios civiles del Estado dentro del régimen general de indemnizaciones”. Esto es, por difícil que resulte la interpretación de la delegación, se trata de acomodar las asignaciones por residencia al régimen de retribuciones establecido en la ley. En el artículo octavo de dicha ley se establecía que “a los Cuerpos o funcionarios que por la índole de su función o por estar autorizados debidamente prestaran una jornada de trabajo menor que la fijada en el artículo quinto, apartado dos, la retribución de sueldo y complementos, salvo el familiar y los incentivos, se reducirá de manera permanente o temporal, según los casos, para establecer

la debida proporción entre la retribución correspondiente a la jornada normal de trabajo y la duración de la jornada menor a que se refiere este apartado".

Es de difícil justificación que el Decreto 361/1971 haya decidido reducir la indemnización por residencia, amparándose en este precepto, cuando no se refiere sino a su repercusión sobre el sueldo y complementos, toda vez que el presupuesto de hecho de la residencia en un determinado territorio se mantiene a pesar de que se produzca una reducción de jornada.

Pero de lo que no cabe duda alguna es que la reducción de jornada de la que habla el Decreto 361/1971 no puede referirse a todos los supuestos en los que el funcionario tiene reducida la jornada, sino solo aquellos a los que se haya "autorizado debidamente" que presten una jornada de trabajo menor, supuesto que a nuestro juicio excluye los casos en los que la reducción de jornada se acuerde en virtud de una licencia por lactancia. El término "autorizado" debe referirse exclusivamente a los supuestos en los que la reducción de jornada se concede sin amparo en el ejercicio de un derecho por el funcionario, como son las licencias por matrimonio o por embarazo, que ya el artículo 71 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero sobre Ley de Funcionarios Civiles del Estado, se cuida de advertir que estas licencias no afectarán a los derechos económicos de los funcionarios.

El Decreto 361/1971 difícilmente podría referirse a reducciones de jornadas distintas de las autorizadas por interés particular, porque en aquél momento no se reconocía ningún derecho a la reducción de jornada por lactancia o por cualquier otro derecho de los funcionarios. El permiso de lactancia aparece regulado en la ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y como todos los permisos que se reconocen en el artículo 30 tiene carácter retribuido. Este carácter retribuido es evidente en la actual redacción del apartado f) del citado precepto. Aunque la ley 17/1999, de 18 de mayo hace referencia a los derechos de los militares y el artículo 22 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, se remite con algunas salvedades al régimen general de los funcionarios de la Administración General del Estado. (...)

Esta posición ha sido mantenida en varias sentencias (sólo citamos las más recientes) en concreto en las del TSJ del País Vasco (Sección 1ª) de fechas 20 y 21 de febrero pasados (RCAs 290 y 291/2016) 30 y 16 de noviembre de 2016 (RCAs 316 y 276/2016) y TSJ Madrid (Sección 6ª) de fechas 26 de enero de 2017 y 26 de septiembre de 2016 (RCAs 808 y 190/2016) estas últimas con abundante cita de doctrina anterior de la Sala de Madrid. Todas estas sentencias son referidas al complemento de zona conflictiva establecido para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, norma que participa de una naturaleza muy similar a la aquí discutida.

Precisamente refiriéndose a este complemento, la Sentencia de la Sección 6ª de esta Sala de fecha 26 de enero pasado expresa lo que sigue: "Todo ello determina sin lugar a dudas que nos encontramos ante un concepto de carácter retributivo que en este caso no puede ser reducido en la misma proporción que la jornada, (un tercio), porque hay que atender, como así también argumenta la actora, a que dicho complemento tiene una teleología cuál es la de compensar la presencia de aquel funcionario que se trate, en la zona conflictiva, durante las 24 horas del día, con independencia que durante todo ese tiempo realice jornada laboral y con independencia de sus turnos de jornada o servicio; por ende, sin que condicione el percibo en su totalidad la duración de la jornada, si su jornada es a tiempo total, o se encuentra, como en este caso, reducida por motivos de conciliación familiar y profesional, como así fue debidamente autorizada la ahora demandante, de modo

que, a pesar de desarrollar aquella una jornada reducida , lo cierto es que durante tal desarrollo se encontraba en la zona denominada conflictiva y tenía derecho al abono de la totalidad del complemento.

Se ha de añadir que si en la efectividad del desempeño del puesto de trabajo dentro de un determinado ámbito territorial singularizado por especiales circunstancias radica la justificación del complemento, tal dato concurre tanto en el funcionario que ejercita plenamente el puesto como en el que se encuentra en situación de desempeño de una jornada reducida por mor de la Ley 30/1984, cuál es la presencia del funcionario en un territorio que presenta un índice de peligrosidad superior a la media y ello, como decimos, aunque no se realicen funciones durante la totalidad de la que llamaríamos una jornada ordinaria, puesto que, continuando en servicio activo, la simple estancia en el territorio implica la realización de actividades vitales que constituyen en sí mismas una circunstancia de riesgo, deduciéndose que la razón última del complemento es precisamente la estancia en el territorio sujeto a dichas especiales características".

Desde esta perspectiva, consideramos que la indemnización por residencia pretende compensar la presencia de aquel funcionario que se trate, en la zona conflictiva, en nuestro caso la plaza de Ceuta, durante las 24 horas del día. Por tanto entendemos que debe abonarse con independencia de si su jornada es a tiempo parcial o se encuentra, como en este caso, reducida por motivos de conciliación familiar.>>>

CUARTO.- Del examen de las actuaciones debemos declarar acreditado que la recurrente **D^a Noelia** se encuentra en servicio activo con empleo militar de Cabo, está destinada en el Tercio Duque de Alba II de la Legión en **Ceuta**.

La cuestión objeto de controversia se contrae a dilucidar si la parte recurrente ostenta el derecho que postula en su demanda, para lo que resulta necesario analizar la normativa aplicable al supuesto enjuiciado y así tenemos:

La **LO 9/2011** de derechos y deberes de los miembros de las FAS dispone en su artículo 22.3 que los militares tienen derecho a disfrutar de los permisos y licencias establecidos con carácter general para el servicio de la AGE, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones que tienen que desempeñar.

El **RD 1314/2005** por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal FAS, en su actual redacción, establece en los artículos segundo y tercero los conceptos de retribuciones básicas y complementarias y en el artículo **4** otras retribuciones e **indemnizaciones, (4.2)** determina que la indemnización por residencia se percibirá según lo dispuesto en la legislación sobre esta materia.

El **Decreto 361/1971**, modificado por el **Decreto 3393/81**, establece el concepto sobre <<<indemnización por residencia, en el sentido que viene a indemnizar de un modo especial a los funcionarios que prestan servicios en determinados lugares geográficos por la existencia de determinadas condiciones que aconsejaron el establecimiento de dicha indemnización>>>.

La **Orden 121/2006**, BOD 9/10/2006, contempla en lo concerniente a la reducción de jornada el derecho a la guarda legal en la forma, efectos y consecuencias que en la misma se determinan. Entre estas consecuencias, a los efectos que interesa se establece **(1.2)** <<<que a quien se conceda una reducción de jornada por guarda legal se le aplicará una disminución proporcional de sus retribuciones básicas y complementarias>>>.

Por su parte la **Orden DEF/253/2015**, **BOD 18/2/2016**, en vigor al día ss de su publicación, incorpora los derechos que se contemplan en la LO 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las FAS. Dispone en su artículo 22.3 que los militares tienen derecho a disfrutar de los permisos y licencias establecidos con carácter general para el servicio de la AGE, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones que tienen que desempeñar. Todo ello de acuerdo con el RDL20/2012 y Ley 7/2007 en su actual redacción. Establece en lo que interesa lo siguiente en los capítulos III y IV, permisos por motivos de conciliación de vida personal familiar y profesional y reducción de jornada en sus distintas modalidades: Artículo **13** para el supuesto enjuiciado, que configura un derecho subjetivo para aquellos militares que reúnan los requisitos que en el mismo se establecen, tendrán derecho a la reducción de jornada. El artículo **22.5** de la citada orden establece lo siguiente: <<<la concesión de reducción de jornada que traiga consigo una disminución proporcional de las retribuciones básicas y complementarias, (...) **22.6** el cálculo de la disminución proporcional de retribuciones se realizará de acuerdo con los criterios y fórmulas que figuran en el anexo II, que para el caso que nos ocupa **1 a)** establece una reducción proporcional de sus retribuciones básicas y complementarias. La Orden DEF/1363/2016, BOD 10/8/2016 modifica las anteriores.

Pues bien, debe realizarse una interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica de los indicados preceptos, al amparo de lo que dispone la LO 9/2011 de aplicación a las FAS, teniendo en cuenta lo que dispone el vigente CC en relación a la interpretación de las normas, en el contexto social en que deben aplicarse. Así tenemos que la normativa directamente aplicable al supuesto enjuiciado, RD 1314/2005 diferencia entre retribuciones e *indemnizaciones*, reglando las retribuciones básicas y complementarias en los

artículos segundo y tercero y determinando en el artículo cuatro lo relativo a <<<otras retribuciones e indemnizaciones>>>.

De lo anterior se infiere que el legislador ha establecido una diferenciación entre retribuciones básicas y complementarias de carácter fijo y devengo periódico, de aquéllas otras percepciones o indemnizaciones que pudieran no tener tal naturaleza, como es el caso de las indemnizaciones.

Será de añadir a lo anterior que en el ya citado artículo cuatro, diferencia y delimita entre retribuciones e indemnizaciones (**4.2**). La naturaleza jurídica de las indemnizaciones, en este caso por residencia en **Ceuta**, no debe incardinarse y no lo hace el texto legal, en retribuciones básicas y complementarias, siendo así que se perciben en razón al destino en activo en concepto de indemnización por residencia. Entendemos que la merma de retribuciones por reducción de jornada que trae causa legalmente reconocida y concedida, en razón de conciliación de la vida personal y familiar, amparada normativamente, de aplicación a las FAS, debe aplicarse, en la forma en que se indica en las órdenes referenciadas (Orden 121/2006 y Orden 2523/2015), que desarrollan el RD 1314/2005 y, por ende, únicamente debe aplicarse tal reducción a las retribuciones básicas y complementarias.

QUINTO.- Sentado lo anterior, acreditado que en el caso que nos ocupa, la recurrente **D^a Noelia** ha visto mermada la cantidad que venía percibiendo en concepto de -residencia- desde el momento que se solicitó y obtuvo reducción de jornada y así lo solicita en la pretensión desde 4/6/2009 al 3/6/2015, debemos analizar el fondo de la controversia suscitada.

La Abogacía del Estado opone en la contestación a la demanda la prescripción de cantidad, conforme establece el artículo 25.1 a) de la LGP, Ley 47/2003 que establece un plazo de cuatro años para las reclamaciones de cantidad, por lo que sólo procedería el abono de dichas cantidades. Debemos convenir con dichas alegaciones en relación a la prescripción aducida al quedar acreditado en la forma ya indicada que se solicita por la parte recurrente la cantidad correspondiente al periodo **4/6/2009** al **3/6/2015**.

Consta acreditado que la solicitud de la recurrente se presentó en fecha **24/9/2015**, por lo que de conformidad con lo dispone la LGP en su artículo 25 a), el periodo prescriptivo se extiende desde el **24/9/2015** hasta el **24/9/2011**, sin que los anteriores periodos puedan ser abonados en aplicación de la normativa aplicable, lo que conlleva una estimación parcial de

la demanda, declarando el derecho de la recurrente a la percepción de las cantidades que legalmente correspondan a dicho periodo.

SEXTO.- De acuerdo con lo expuesto, la Administración demandada, deberá realizar los cálculos necesarios en orden al reconocimiento del derecho de la recurrente, conforme hemos expuesto en el **fundamento jurídico quinto**, con objeto de que perciba las cantidades a las que haya lugar en derecho, desde el **24/9/2011** hasta el **24/9/2015**, constituyendo estos datos base suficiente conforme establece la LJCA en su artículo **71.1 d)**, para que se proceda a ejecutar lo acordado en esta Sentencia. No procede el pago de intereses solicitados en la demanda, al estimarse parcialmente la misma y quedar fijadas en este resolución las bases para su cuantificación.....”

Aplicando el anterior criterio al supuesto ahora enjuiciado, resulta pues estimable la demanda interpuesta, pero como ya indicamos en la sentencia que resolvió el PO 393/2016 el alcance del fallo requiere algunas precisiones también en este caso. Las resoluciones impugnadas han de ser anuladas conforme a la doctrina expuesta, pero aun cuando la actora solicita la aplicación de la prescripción de cuatro años que prevé el art. 25 de la LGP y cuantifica su pretensión en una determinada cantidad, 6.720,23 euros, afirma que la reducción de jornada se verifico desde el año 2008 y que su reclamación se produjo en agosto de 2015. Por lo que, encontrándose prescritos los cuatro años anteriores a su reclamación, que se produjo el 27 de agosto de 2015, el dies a quo del reintegro se inicia el 27 de septiembre de 2011, pero sin especificar la actora cual es la reducción concreta mensual que se le ha practicado, no podemos confirmar la cantidad en que fija la cuantía del recurso y de su reclamación. Por ello la estimación del recurso consistirá en la declaración de su derecho a que le sea satisfecha la indemnización por residencia desde el día 27 de septiembre de 2011 y mientras la recurrente continúe en situación de reducción de jornada y permanezca destinada en la plaza de Canarias (o cualquiera otra que lleve aneja el percibo de la misma), más los intereses legales de dicha cantidad que correspondan.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las costas del recurso han de imponerse a la Administración demandada al haber sido estimado íntegramente el recurso, si bien se limitan a la cantidad de 500 euros más IVA.

Vistos los precedentes artículos y demás de general aplicación, en atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el presente Recurso Contencioso Administrativo, **Procedimiento Ordinario número 255/2016**, interpuesto por doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX representada por el Procurador don José Luis Barragués Fernández en reclamación de cantidad, contra resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de fecha **11/1/2016** desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la resolución de fecha **22/09/2015** en la que se acordó desestimar la solicitud instada sobre reducción indemnización por residencia practicada, como consecuencia de reducción de jornada por cuidado de hijos menores desde el año 2008.

Declaramos la disconformidad a derecho de las resoluciones recurridas, anulando las mismas. Se declara el derecho de la recurrente a la percepción de la indemnización por residencia en su integridad, mientras la recurrente, desde el 27 de septiembre de 2011 y en lo sucesivo continúe en situación de reducción de jornada y permanezca destinada en la plaza de Canarias (o en cualquiera otra que lleve aneja el percibo de la misma). Las costas se imponen a la Administración demandada al haber sido estimada íntegramente la pretensión de la recurrente, si bien se limitan a la cantidad de 500 euros más IVA.

Frente a esta Sentencia podrá formularse recurso Casación en tiempo y forma en vigor la LO 7/2015, en el plazo de 30 días a preparar ante esta Sala y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme establece el artículo 86 y siguientes de la misma. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.