

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2016/0001815



Procedimiento Ordinario 79/2016 C - 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION OCTAVA

RECURSO 79/2016

SENTENCIA NÚMERO 495/2017

Ilmos. Sres.:

Presidente

Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Magistrados

Doña Emilia Teresa Díaz Fernández

Don Rafael Botella García-Lastra

Doña Juana Patricia Rivas Moreno

Doña María Jesús Vegas Torres

Don Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 18 de septiembre de 2017.

Vistos por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 79/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Barragues Fernández en nombre y representación de Don....., contra la resolución de 16 de noviembre de 2015 de la Subsecretaria de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada promovido contra la resolución de 15/07/2015 del Subdirector General de Servicios

Económicos y Pagadurías, por la que se desestima la pretensión del solicitante, Sargento 1º del Ejército de Tierra, de que le fueran abonadas 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 desde la fecha en que empezó dicho disfrute o bien el periodo de prescripción.

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales, se dicte sentencia conforme a lo solicitado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda al Sr. Abogado del Estado, para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

TERCERO.- Que, una vez ultimado el periodo de prueba el presente recurso con el resultado que obra en autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 13 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier González Gragera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se promueve este recurso contencioso-administrativo por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Barragues Fernández en nombre y representación de Don....., contra la resolución de 16 de noviembre de 2015 de la Subsecretaria de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada promovido contra la resolución de 15/07/2015 del Subdirector General de Servicios Económicos y Pagadurías, por la que se desestima la pretensión del solicitante, Sargento 1º del Ejército de Tierra, de que le fueran abonadas 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 desde la fecha en que empezó dicho disfrute.

Los hechos que han dado origen a los actos impugnados, son los que se exponen a continuación, según se deducen del acto administrativo inicialmente impugnado:

“El vigente Decreto 361/71, de 18 de febrero, del Ministerio de Hacienda sobre indemnización por residencia, establece en su artículo primero que "la indemnización por residencia se percibirá por los Funcionarios Civiles del Estado y Organismos Autónomos y personal de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía Armada y Eclesiástico del Estado que, percibiendo sueldos con cargo a presupuestos, residan permanentemente por razón de destino en aquellos lugares del territorio nacional que se indican".

Por su parte, el artículo 6 del citado Decreto determina que “el personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, percibirá la indemnización por residencia disminuida en la misma proporción".

En su caso, se encuentra en reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años desde el 30-09-2008, situación que reconoce, por lo que desde la citada fecha se le viene aplicando la proporcional reducción. En consecuencia, la indemnización disminuida por reducción de jornada por cuidado de hijos menores es completamente conforme a derecho.

Además, en la última resolución publicada (BOE nº 128 de 26 de mayo de 2010), de la Secretaria de Estado de Hacienda y Presupuestos por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas y se actualizan con efecto 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del

Estado para dicho ejercicio, en su ANEXO XV "INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA EN TERRITORIO NACIONAL", también cita que "El personal que perciba su sueldo en cuantía inferior a lo establecido con carácter general percibirá la indemnización por residencia disminuida en la misma proporción".

Tanto la Intervención General de la Defensa como la Asesoría Jurídica General de la Defensa han informado en este sentido.

A la vista de lo anteriormente expuesto HE RESUELTO DESESTIMAR su solicitud, ya que la reducción de la indemnización por residencia practicada es correcta, por lo que no tiene derecho a percibir la diferencia solicitada."

Contra dicho acto se promovió el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- 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.

Argumenta que se le está aplicando el Decreto 361/1971, que debería entenderse implícitamente derogado desde la entrada en vigor de la Constitución, pues no armoniza con principios reconocidos en la norma constitucional, como son el derecho a la igualdad, la no discriminación, el derecho al trabajo, a la protección a la familia y a la conciliación familiar y laboral. Por ello afirma que debería aplicarse la disposición derogatoria de la Constitución Española, y que el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1981 ha entendido que "*Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.*"

Por su parte la Administración demandada alega que, en primer lugar y en todo caso, debería entenderse aplicable el plazo de prescripción de cuatro años para desestimar la solicitud por los periodos que los excedieran en caso de que la sentencia fuera estimatoria, y que la naturaleza preconstitucional del Decreto 361/ 1971 en nada obsta porque permanece vigente pues nunca se ha apreciado inconstitucionalidad alguna, sino que las sucesivas normas lo han mencionado para remitirse a él como base de cálculo de esta indemnización por residencia.

TERCERO.- En primer lugar valoraremos la base jurídica del acto combatido, citando primero el Decreto 361/1971, de 18 de febrero, del Ministerio de Hacienda, aplicable a los funcionarios militares. Dicha norma se expresa del siguiente modo en su artículo 6º:

"El personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, percibirá las indemnización por residencia disminuida en la misma proporción".

Como alega la Abogacía del Estado, esta norma se considera vigente y aplicable por la Administración, pues la resolución de 25 de mayo de 2010 de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, al dictar las Instrucciones para Nóminas de Funcionarios Ley 30/1984 (Función Pública), recoge el mismo texto.

Se deduce del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes, que el demandante ha disfrutado en distintos periodos de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años, regulada en los artículos 9, 12 y 13 de la Orden Ministerial DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El artículo 13 se expresa como sigue:

Artículo 13. Reducción de jornada por razón de guarda legal de un hijo menor de 12 años

1. El militar tendrá derecho a una reducción de jornada por razón de la guarda legal de un hijo menor de 12 años, de una hora a un medio de la jornada laboral, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

2. *El militar que disfrute de este derecho, cuando el menor no haya cumplido los 4 años podrá quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas en su lugar de destino que interfieran con el disfrute de la reducción de jornada, cuando las necesidades del servicio lo permitan, si bien, estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y sólo en último extremo condicionarán la exoneración de dichas guardias, servicios, maniobras o actividades análogas.*

3. *Cuando el menor por el que se haya concedido la reducción de jornada, tenga una edad comprendida entre los 4 y los 7 años, el militar podrá quedar exonerado, cuando las necesidades del servicio lo permitan, de la realización de las guardias, servicios, maniobras y actividades análogas en su lugar de destino que superen las 36 horas y que interfieran con el disfrute de la reducción de jornada.*

4. *Del mismo modo, el militar podrá quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas en su lugar de destino que superen los 6 días, cuando el menor tenga la edad comprendida entre los 8 y los 11 años.*

5. *Si al militar que disfruta reducción de jornada por guarda legal le fuera concedido permiso por maternidad o paternidad, se interrumpirán los efectos de la reducción de jornada, debiéndose percibir íntegramente las retribuciones que correspondan mientras dure el citado permiso.*

Entendemos que el artículo 13.1 no es aplicable a este supuesto porque se refiere estrictamente a las “retribuciones” y, como bien dice el recurrente, la indemnización por residencia no tiene naturaleza retributiva sino indemnizatoria.

Así pues, la base jurídica de la reducción combatida se hallaría en una mera Instrucción técnica, a la que no puede atribuirse naturaleza de norma jurídica y, aún menos vinculante respecto a terceros y restrictiva de derechos, y en el discutido Decreto 361/1971, de 18 de febrero, del Ministerio de Hacienda.

Dicho Decreto tiene naturaleza preconstitucional y no contempla expresamente el tipo de reducción objeto de este litigio pues no existía en la fecha en que se dictó, por lo que no puede extenderse, en su condición de norma restrictiva, a un concepto que no está expresamente contemplado en su texto y que, además tiene una naturaleza indemnizatoria, pues sirve para compensar un gasto, que debe hacerse por completo con independencia de que exista o no reducción de jornada.

En el mismo sentido estimatorio se expresa la sentencia nº 42/2016 de 22 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ultimando el recurso contencioso-administrativo nº 64/2015.

En consecuencia, dado que no se encuentra base jurídica suficiente como para fundar la actuación administrativa, debe estimarse el recurso y anular el acto impugnado, reconociendo el derecho a la íntegra percepción del complemento controvertido que haya sido devengado dentro del plazo de cuatro años de prescripción, computados desde que el ahora recurrente hizo su solicitud inicial, 23 de junio de 2015.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procede imponer las costas causadas a ninguna de las partes, dado que en el litigio existían dudas fundadas de Derecho.

VISTOS.- Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Barragues Fernández en nombre y representación de Don....., contra la resolución de 16 de noviembre de 2015 de la Subsecretaría de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada promovido contra la resolución de 15/07/2015 del Subdirector General de Servicios Económicos y Pagadurías, por la que se desestima la pretensión del solicitante, Sargento 1º del Ejército de Tierra, de que le fueran abonadas 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, anulando el acto impugnado y reconociendo el derecho a la íntegra percepción del complemento controvertido devengado desde el 23 de junio de 2011. Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia certifico.

