



Roj: **STS 1151/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1151**

Id Cendoj: **28079130042022100105**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/03/2022**

Nº de Recurso: **5603/2020**

Nº de Resolución: **369/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6734/2020,**
ATS 5473/2021,
STS 1151/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 369/2022

Fecha de sentencia: 24/03/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5603/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J. MADRID CON/AD SEC. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5603/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 369/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

En Madrid, a 24 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **5603/2020**, promovido por la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** representada y dirigida por el Abogado del Estado contra la sentencia núm. 266/20, de 17 de junio de 2020 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el procedimiento ordinario núm. 593/2019 que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la presunta desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 20 de febrero de 2019, del Subdirector General de Servicios Económicos y Pagadurías.

Siendo parte recurrida **DOÑA Laura**, representada por el procurador de los tribunales don Jorge Laguna Alonso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- Que debemos ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Jorge Laguna Alonso, actuando en representación de Doña Laura, contra las Resoluciones reseñadas en el primer fundamento de derecho de esta Sentencia, Resoluciones que anulamos por no ser conformes a derecho, declarando el derecho de la demandante a que le sean abonadas las cantidades dejadas de percibir en concepto de **indemnización por residencia** durante el tiempo de disfrute de la reducción de jornada concedida por guarda legal del hijo menor de 12 años, con el límite de cuatro años desde su reclamación realizada en vía administrativa y a que en lo sucesivo no se vuelvan a descontar de sus emolumentos ese concepto mientras permanezca la misma situación de hecho y de derecho. Se condena en costas a la parte demandada, hasta un máximo de 500 euros, más IVA. [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado en virtud de la representación que legalmente ostenta, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente al Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado, y como recurrida doña Laura.

CUARTO.- Por auto de 29 de abril de 2021, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Administración del Estado contra la sentencia de 17 de junio de 2020 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el procedimiento ordinario núm. 593/2019.

Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si la **indemnización por residencia** debe reducirse durante el plazo en el que el **militar** disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor o, por el contrario, debe mantenerse inalterable.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 6 del Decreto 361/1971, de 18 de febrero, sobre **indemnización por residencia**, artículos 22 y 25 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y artículos 28 y 48 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 LJCA). [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:

"[...] tenga por formulado escrito de interposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito. [...]"



SEXTO.- Por providencia de fecha 12 de julio de 2021, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

El procurador don Jorge Laguna Alonso, procurador de los tribunales y en nombre y representación de doña Laura presentó escrito de oposición, oponiéndose al recurso de casación suplicando a la Sala:

"[...] admita este escrito en unión de las actuaciones que se devuelven, tenga por formulado escrito de oposición y, en su día, dicte sentencia desestimado el motivo único del escrito de interposición y confirmando ajustado a Derecho el fallo de la sentencia de 17 de junio de 2020 del TSJ Madrid. [...]"

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha uno de febrero de dos mil veintidós, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día veintidós de marzo de dos mil veintidós, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la Abogada del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2020.

Los antecedentes del asunto son como sigue. Doña Laura, **militar** destinada en la ciudad de DIRECCION000 solicitó y obtuvo reducción de jornada para la guarda de hijo menor de doce años. Como consecuencia de ello, mediante resolución del Subdirector General de Servicios Económicos y Pagadurías de 20 de febrero de 2019, la **indemnización por residencia** correspondiente a su lugar de destino fue reducida en los términos establecidos por el art. 6 del Decreto 361/1971, de 18 de febrero, relativo a personal de las Fuerzas Armadas: "El personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, percibirá la **indemnización por residencia** disminuida en la misma proporción." Interpuesto recurso de alzada, fue implícitamente desestimado por silencio administrativo.

Ya en vía jurisdiccional, la sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo de la citada **militar**. La Sala de instancia comienza señalando que ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la misma cuestión, llegando a la conclusión de que la reducción de jornada por guarda de hijo menor de doce años no debe conducir a una disminución proporcional de la **indemnización por residencia**. En apoyo de esta solución aduce que el Decreto 361/1971 es preconstitucional y que su vigencia, al parecer puesta en duda en algún momento, fue confirmada por una instrucción del Ministerio de Hacienda; acto que, a juicio de la Sala de instancia, carece del rango necesario para dilucidar la vigencia de una disposición general proveniente del Gobierno. A ello añade otras tres consideraciones: primera, que la cantidad recibida por **residencia** no es un concepto retributivo, sino una **indemnización**; segunda, que el funcionario destinado en un lugar que lleva aparejada **indemnización por residencia** no deja de residir permanentemente allí por el hecho de que su tiempo diario de trabajo haya sido reducido; y tercera, que el art. 6 del Real Decreto 361/1971 estaba pensado para una época en que las reducciones de jornada eran por interés particular y de concesión ampliamente discrecional, mientras que la reducción de jornada por guarda de hijo menor de doce años es ahora un derecho del funcionario.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 29 de abril de 2021. La cuestión declarada de interés casacional objetivo es precisamente si la **indemnización por residencia** del **militar** debe reducirse durante el tiempo en que aquél disfrute de reducción de jornada para la guarda de hijo menor de doce años.

TERCERO.- El escrito de interposición del recurso de casación de la Abogada del Estado esgrime básicamente dos argumentos. Por un lado, reconoce que la **indemnización por residencia** no es una retribución básica ni complementaria del empleado público, sino una **indemnización** por el riesgo o la penosidad del lugar de destino. Pero recuerda que las **indemnizaciones** a los funcionarios están contempladas en el art. 28 del Estatuto Básico del Empleado Público, que se encuentra dentro del Capítulo III del Título III, relativo a los "derechos retributivos". De aquí parece inferirse que se debería dar a la **indemnización por residencia** el mismo tratamiento que a las retribuciones propiamente dichas.

Por otro lado, la Abogada del Estado sostiene que, al margen de cualesquiera otras consideraciones, el Decreto 361/1971 está vigente y debe aplicarse.

CUARTO.- En el escrito de oposición al recurso de casación, la demandante y ahora recurrida reproduce sustancialmente los razonamientos desarrollados en la sentencia impugnada.



QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, no hay ninguna buena razón para pensar que el Decreto 361/1971 no está formalmente vigente. Ciertamente, que ello haya sido afirmado por una instrucción ministerial no es decisivo; pero la verdad es que ninguna de las partes ha aportado indicio alguno de que dicha disposición general haya sido expresa o tácitamente derogada.

Sentado lo anterior y siendo pacífico entre las partes que las normas del Estatuto Básico del Empleado Público son, en principio, aplicables al personal **militar**, el problema es si el art. 6 del Decreto 361/1971 puede y debe ser aplicado en el supuesto de reducción de jornada por guarda de hijo menor de doce años, previsto por el apartado h) del art. 48 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Pues bien, esta Sala considera que una de las razones dadas por la sentencia impugnada resulta especialmente convincente. Actualmente, a diferencia de lo que ocurría cuando el Decreto 361/1971 fue aprobado, hay ciertos supuestos de reducción de jornada -como el aquí considerado- que constituyen un derecho subjetivo del **militar** y, por consiguiente, que no admite un margen significativo de discrecionalidad en cuanto a su otorgamiento. Así, por el contexto del momento en que la mencionada norma reglamentaria fue aprobada, cabe considerarla poco acorde con las previsiones legislativas vigentes en materias de permisos de los empleados públicos, incluidos los **militares**. La plena efectividad de las correspondientes normas legales justifica, por tanto, limitaciones a la eficacia del art. 6 del Decreto 361/1971 en aquellos supuestos en que la reducción de jornada es un derecho subjetivo.

A ello debe añadirse que la consideración de índole finalista hecha por la Sala de instancia tiene peso: la **indemnización** por **residencia** busca compensar el riesgo o la penosidad del lugar de destino; riesgo o penosidad que, efectivamente, no desaparecen durante el tiempo en que la jornada de trabajo ha sido reducida.

Por todo lo expuesto, este recurso de casación no puede prosperar.

SEXTO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, cada parte soportará sus propias costas en el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogada del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2020, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.