Rº:
Registro General

Administración de Justicia

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

Procedimiento Ordinario

SENTENCIA Nº

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION

Ilmos. Sres.

Presidente

Dña. Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Miguel Angel Vegas Valiente

Dña. Carmen Rodríguez Rodrigo

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN
- 1 MAR 2012
NOTIFICACIÓN
- 2 MAR 2012
Artículo 152.2 L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid a

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo nº l, interpuesto -en su propio nombre y derecho y en escrito presentado el 5 de abril del pasado 2011-

Suboficiales de las FAS y participantes en misiones en Afganistán, contra las iniciales desestimaciones presuntas de sus peticiones (articuladas en escritos fechados en octubre de 2009) de que se les asignara una indemnización del 90% de la suma del sueldo, complemento de empleo y componente general del complemento específico, ampliado a las Resoluciones desestimatorias de 11 del mismo mes y año (confirmadas en alzada por la de 11 de septiembre del mismo año).

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Madrid

Administración
de Justicia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase las Resoluciones recurridas.

SEGUNDO: El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que instó la desestimación del recurso.

TERCERO: No habiéndose recibido el pleito a prueba y formulados escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, habiendo quedado fijada la cuantía del pleito en determinable –importe de la indemnización que reclaman- y, en todo caso, inferior al límite casacional.

CUARTO: Para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día , teniendo lugar.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Administración
de Justicia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Como datos documentados en el expediente administrativo –no contradichos de contrario- constan los siguientes: a) En escritos fechados, respectivamente, el 22 y 15 de octubre de 2009, los hoy actores solicitaron el abono del 90% -frente al 70% recibido- del sueldo, complemento de empleo y componente general del complemento específico, en concepto de indemnización por su participación en una misión internacional en Afganistán sin apoyo del NSE nacional; b) Solicitadas certificaciones de silencio positivo, fueron denegadas -20 de enero de 2011- por tener efectos desestimatorios el silencio; c) En Resoluciones de 11 de abril (confirmadas en alzada por las de 8 de septiembre de 2011), se denegaron sus peticiones.

SEGUNDO: En primer lugar, habrá de analizarse el sentido del silencio –los actores sostienen, frente a la Administración, que es positivo.

Como ya se ha pronunciado esta Sala –su Sección Novena, en sentencia de 26 de marzo de 2009, cuyo criterio compartimos en su integridad-, partiendo de la doctrina del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 2007, conforme a la cual no es susceptible de producir el silencio positivo previsto en el art. 43 de la Ley 30/92 cualquier petición que los interesados dirijan a la Administración, sino, exclusivamente, aquellas peticiones que tengan entidad suficiente para determinar la iniciación de un procedimiento administrativo, *"así resulta de la Disposición Adicional 3ª LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios R. R.D.D. de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20-III-96 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado. Esta resolución se publica en el BOE de 10-IV-96 y en dos suplementos de 190 páginas que en total contienen los procedimientos existentes en el ámbito de la Administración General del Estado, indicando, entre otras cosas, el plazo para su resolución y los efectos del silencio..."*.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Administración de Justicia

Y esta es la situación con que se encontró el legislador en la reforma de la LPAC de 1999. La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 parte de esa relación de procedimientos, porque se refiere a los aproximadamente 2.000 procedimientos existentes y el escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración, sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La Exposición de Motivos habla de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasma en la Disposición Adicional 1ª 1 de la Ley. En la Disposición Adicional 1ª 2 se ordena al Gobierno la adaptación de los procedimientos existente al sentido del silencio establecido en la Ley. Y la Disposición Adicional 29 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, y de Orden Social, en su Anexo II contiene una relación de procedimientos en los que el silenció opera en sentido desestimatorio.

Pues bien, partiendo de tales antecedentes jurisprudenciales y normativos, es claro que la petición de los actores no inicia ningún procedimiento formalizado, como tal, en una norma, sino que se trata simplemente de una petición a la que ha de limitarse la Administración a dar respuesta, como así ha acaecido en las Resoluciones recurridas, sin que en ningún momento se haya producido el silencio positivo.

TERCERO: En cuanto al fondo, la normativa de aplicación está integrada por la Orden Ministerial 7/08, de 23 de enero, cuyo artículo primero, bajo la rúbrica "Retribuciones", dispone: *"El personal de las Fuerzas Armadas que participe o coopere en las operaciones de apoyo a la paz y ayuda humanitaria en el extranjero, formando parte de las misiones que se citan en el Anexo a esta Orden, percibirán las retribuciones que por su empleo, situación y destino, le correspondan (retribuciones básicas, complementarias y otras retribuciones reguladas en el artículo 4 del Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, en adelante el Reglamento; no percibiendo el complemento de dedicación especial o productividad, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente), así como una indemnización cuyo importe será, para cada empleo, el resultante de la suma de los importes mensuales correspondientes a:*

a) Complemento de dedicación especial, en cuantía variable del porcentaje del complemento de empleo, que se establece en el Anexo para cada operación o misión.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Madrid

Administración de Justicia

b) Indemnización por residencia eventual, en el porcentaje de la dieta entera que se establece en el Anexo para cada operación o misión.

c) El porcentaje de la suma de sueldo, complemento de empleo y componente general del complemento específico, que se establece en el Anexo, para cada operación o misión".

Las Resoluciones deniegan ese porcentaje del 90% , pues, aunque se reconoce que, en el Anexo de la Orden, ese es el porcentaje, en determinadas misiones, para el caso de no contar con el Elemento Nacional de Apoyo Logístico (NSE), entiende que cuando el apoyo se obtiene de otros modos "*la finalidad retributiva de la mayor cuantía indemnizatoria pierde su carácter retributivo por las especiales condiciones del servicio y pasa a ser un elemento discriminatorio respecto de quienes tienen igualmente atendidas las necesidades por el apoyo nacional sin cargo alguno. El interesado no ha soportado con cargo a su patrimonio particular ninguno de los gastos cubiertos por dicho apoyo, esto es, alojamiento, manutención, lavandería, etc...., **de modo que no resulta procedente acceder a lo solicitado***".

En el referido Anexo, en las Misiones en Asia Central (en las que, consideramos, a falta de otra especificación, cabría incluir Afganistán en razón de que no se contempla "nominatim" y sin que, por otra parte, se adviertan motivos para dar un trato diferente, a estos efectos, entre las misiones de Asia Central en sentido estricto y Afganistán) se distingue, a efectos de la retribución comprendida en el transcrito art. Primero.c), entre misiones apoyadas, o No, por el NSE nacional, reconociendo a los integrantes de unidades no apoyadas el 90% del sueldo, complemento de empleo y componente general del Complemento específico frente al 60% de los integrantes de misiones con el referido apoyo, y, si bien el motivo de la denegación puede ser razonable, desde el momento en que en la Orden de aplicación se recoge tal distinción sin otro tipo de consideración, procede, con estimación del recurso y anulación de las Resoluciones impugnadas, reconocer el derecho de los actores a que se les abone la diferencia entre el porcentaje percibido **por este concepto** y el 90% que les corresponde dada la dicción del Anexo.

CUARTO: No procede, conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, hacer pronunciamiento en materia de costas.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Administración de Justicia

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el Recurso contencioso-administrativo nº , interpuesto -en su propio nombre y derecho y en escrito presentado el 5 de abril del pasado 2011-

, Suboficiales de las FAS y participantes en misiones en Afganistán, contra las iniciales desestimaciones presuntas de sus peticiones (articuladas en escritos fechados en octubre de 2009) de que se les asignara una indemnización del 90% de la suma del sueldo, complemento de empleo y componente general del complemento específico, ampliado a las Resoluciones desestimatorias de 11 del mismo mes y año (confirmadas en alzada por la de 11 de septiembre del mismo año), **ÁNULAMOS** las precitadas Resoluciones, **RECONOCIENDO A LOS ACTORES EL DERECHO A QUE SE LES ABONE LA DIFERENCIA ENTRE EL PORCENTAJE PERCIBIDO (art. Primero.c) de la Orden 7/08, 23 de enero) Y EL 90%**. Sin costas.

Esta Resolución es firme.

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

PUBLICACION: En el mismo día de la fecha fue publicada la anterior sentencia, de lo que yo, el Secretario de la Sección, doy fe.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID
Tel.: 91 535 7770 – Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Madrid