



Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo
Contencioso-Administrativo. Sección Primera
Plaza San Agustín s/n
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 32 50 08
Fax.: 928 32 50 38

Sección: IRF
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000019/2013
NIG: 3501633320130000030
Materia: Personal militar
Resolución: Sentencia 000001/2015

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Procurador:
ALEJANDRO VALIDO
FARRAY

Demandado

MINISTERIO DE DEFENSA

SENTENCIA

Ilmos/as Sres/as Magistrados/as

D. Cesar José García Otero

Presidente

D. Jaime Borrás Moya

D.ª Inmaculada Rodríguez Falcón

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de enero de 2015

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, integrada por los Sres. Magistrados/as, anotados al margen, el recurso Contencioso - Administrativo nº 19/2013, interpuesto por el Procurador don Alejandro Valido Farray, en representación de
contra la Resolución que
desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución
que acordó modificar los términos de la
reducción de jornada por guarda legal.

Han sido parte demandada el/la Sr/Sra. Sr/Sra. Abogado/a del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso contencioso administrativo por el Procurador don Alejandro Valido Farray, en representación de
formulándose en el momento procesal oportuno la demanda interesando la anulación del acto impugnado, con imposición de costas a la demandada.-



ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID



SEGUNDO.- La Administración contestó a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte actora suplicando la desestimación del recurso.-

TERCERO.- Se recibió el proceso a prueba, y formuladas conclusiones escritas, se señaló día para votación y fallo del presente recurso en cuyo acto tuvo lugar su realización. Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso, siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección doña Inmaculada Rodríguez Falcón, que expresa el parecer mayoritario de la Sala, formulando voto particular el Ilmo. Sr. Magistrado don Jaime Borrás Moya.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución del [] de la BRILCAN XVI, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de []

que acordó modificar los términos de la reducción de jornada por guarda legal que le fueron conferidas [] a doña []

con exoneración total de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, condicionándola a las necesidades del servicio. La modificación impugnada en este recurso consiste en la modificación de las condiciones de la exoneración, imponiéndole una exoneración parcial de un 50% debiendo realizar 8 guardias de seguridad al año, y un mínimo de diez días de participación en ejercicios tipo SIC/SADAV.

Los motivos de impugnación son:

1.-Vulneración del procedimiento que provoca la nulidad de pleno derecho, No se ha efectuado consulta al Observatorio Militar de Igualdad, a los efectos de motivar la decisión adoptada. Tampoco existe informe sobre la consulta preceptiva al centro de Estudios sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la mujer), lo que está previsto en la Resolución de 28 de junio de 2011. Vulnerándose con todo ello la normativa de aplicación.

2.- La ausencia de motivación en el acto impugnado. No existe un solo dato respecto a cual es el nivel operacional mínimo exigible en relación con el destino de la actora. Ni tampoco la existencia de necesidades de servicio que justifique la modificación en la exoneración de guardias de total a parcial





Ambos motivos de impugnación están relacionados, en tanto, lo que la recurrente reprocha a la resolución recurrida es que no se exista motivación, y que la única ofrecida no sea acorde con la que según la normativa de aplicación es exigible. *La Resolución objeto del presente recurso justifica la modificación de la exoneración total inicialmente acordada en "la pertenencia de la recurrente al RIL "Tenerife 29" y el puesto que dentro del mismo debe desempeñar exige un nivel profesional solamente accesible con un mínimo de preparación operativa, de manera que sin pretender que dicho nivel sea óptimo dadas sus circunstancias personales, al menos no pierda las capacidades mínimas que justifican su destino en la unidad"*

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas establece en su artículo 22 en relación a la disponibilidad, horarios, permisos y licencias de los mismos que :

1. *Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación.*

2. La jornada de trabajo de los militares será, con carácter general, la del personal al servicio de la Administración General del Estado. El régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios, tomando en consideración la disponibilidad permanente a la que se hace referencia en el apartado anterior, así como las normas y criterios relativos a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar a los que se refiere la Ley de la carrera militar.

3. Los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa.

Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas.





4. La aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada.

La Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, en la redacción dada por la Orden Ministerial 3/2011, de 15 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, contempla en la regla sexta de su anexo la regulación de aplicación:

1.- La reducción de jornada (párrafo primero apartado primero) que *"El militar que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, no considerando como tal la percepción de una pensión, tendrá derecho a una disminución de entre un medio de la jornada de trabajo diaria y el periodo establecido en la norma tercera-1 del anexo- I de esta orden ministerial, con la disminución proporcional de sus retribuciones. Cualquier solicitud de reducción de la jornada de trabajo diaria inferior a la indicada, podrá ser atendida con las medidas de flexibilidad horaria contenidas en esta disposición"*.

2.- Exoneración de guardias(apartado 1, párrafo 3º y 4º) *"El militar que sea progenitor o tutor en una familia monoparental y tenga concedida una reducción de la jornada de trabajo diaria, quedará 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 y cuando las necesidades del servicio no lo impidan, si bien estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y sólo en último extremo condicionarán la concesión de la reducción de jornada .*

En el resto de los casos, el militar que disfrute de una reducción de la jornada de trabajo diaria, quedará 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 no lo impidan.

En estos casos, las necesidades del servicio se valorarán de manera individualizada, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la unidad, centro u organismo donde el militar preste servicios. Excepto en el supuesto contemplado en el párrafo tercero, si las necesidades del servicio se vieran afectadas por circunstancias sobrevenidas, el jefe de la unidad, centro u organismo correspondiente y





de manera motivada, podrá reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar hubiera sido exonerado.”

TERCERO.- De acuerdo a la legislación vigente, si existen circunstancias sobrevenidas que afectan a las necesidades del servicio, el Jefe de la Unidad puede reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar haya sido exonerado.

En el caso enjuiciado el acto impugnado adolece de la motivación exigible, en tanto, en el plazo de un año transcurrido entre la exoneración total y la exoneración parcial impugnada, no sabemos qué circunstancias sobrevenidas han motivado el cambio de criterio del Jefe de la Unidad. A este respecto, no puede calificarse de circunstancia sobrevenida la necesidad de mantener “un mínimo de preparación operativa” puesto que esta necesidad se supone existía cuando se le concedió la exoneración total de guardias.

En cualquier caso, no podemos considerar afortunada siquiera la explicación ofrecida, siendo lo más probable que no se pretendiese afirmarse lo que parece decir, ya que no guarda relación la capacidad en el trabajo con la maternidad o paternidad de quien lo desempeñe. En el caso, ni siquiera se ha justificado que la maniobra o la formación no se pueda realizar o adquirir durante el horario de trabajo. A mayor abundamiento, como expone en su recurso de alzada la Sra. Perdomo Gutiérrez, la medida de conciliación familiar, en cuanto a la reducción de jornada solicitada, le supone ya, de mano, una minoración de retribuciones, y por tanto, conforme a ello, se le reduce la jornada laboral, en ningún caso la profesionalidad, capacidad o dedicación de la recurrente. Compartimos los argumentos de la Sentencia de este Tribunal en su sede de Tenerife, de 10 de marzo de 2014, Rec. 71/2013, FJ 4º, que señala la ausencia de relación entre necesidades de servicio y el mantenimiento de la capacitación y formación de un soldado: “*Que como se observa, las circunstancias de excepción que pueden limitar las guardias, y maniobras por <<necesidades del servicio>> no tienen que ver con los motivos esgrimidos en la resolución que se refieren al mantenimiento de la capacitación de la soldado; máxime cuando se incumple la normativa al no procurar la sustitución por otros medios, y más aun cuando nada se prueba de que se hubiera acudido al último extremo posible.*”

CUARTO.- En cuanto a la consulta al Centro de Estudio sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer), el procedimiento se establece por una Instrucción de 28 de junio de 2011, pero en la misma ya se indica que podrá solicitarse un informe o una consulta, todo ello con el fin de establecer criterios





homogéneos o un marco que facilite la valoración necesariamente individual y caso por caso de cada uno de los supuestos. Por tanto, no es causa de nulidad su omisión; sin embargo, en el caso la demandada ha acreditado debidamente que lo solicitó si bien no lo aplicó por ser posterior su emisión al recurso. Sin embargo, advertimos "a posteriori" que la resolución que se hubiese dictado en caso de haberse tenido en cuenta las indicaciones del informe del Observatorio hubiera sido otra. En él informe se señala es necesario, conforme establece la normativa de aplicación que se valore estas necesidades del servicio de manera individualizada, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la unidad, centro u organismo donde el militar preste servicios. Cada unidad tendrá sus circunstancias y cada persona las suyas, estimamos que si procede la reducción o incluso la exención parcial por necesidades del servicio, lo mínimo será documentar en el expediente cuáles son esas necesidades, e individualizarlas, puesto que las circunstancias personales y profesionales de cada solicitante pueden ser diversas, y cada una de ellas marcar una diferencia. de tal manera que aparezca documentado, motivado, razonado y explicado la elección del mando, con arreglo a las circunstancias personales y a las posibles alternativas.

Nada de lo expuesto se refleja en el expediente, en el que se han utilizado formulas estereotipadas para realizar la modificación que adolece de la motivación necesaria con vulneración de la normativa de aplicación expuesta que exige que la aplicación del criterio de necesidades del servicio se haga de forma justificada, motivada e individualizada. . Es por ello que se impone la estimación del recurso.

QUINTO.- Que se hace imposición de las costas procesales causadas a la administración al estimarse íntegramente la demanda. (Art. 139 LJ)

Vistos los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

FALLO

Estimar el recurso interpuesto por doña _____ contra la Resolución dictada por el _____ que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución _____ que anulamos por ser contraria a derecho, con todos los pronunciamientos favorables inherentes a esa declaración. Con imposición de costas a la administración.





Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

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

Voto particular que emite el Magistrado don Jaime Borrás Moya a la Sentencia dictada en el recurso 19/2013.

Pese al criterio mayoritario de la Sala, este Magistrado no puede compartir el punto de vista de la recurrente, y sí en cambio el sostenido por la administración demandada en su escrito de contestación, en el sentido de que existe motivación suficiente en el acto recurrido. Así, como puntualiza la demandada, no es cierto que se limite la administración a invocar genéricamente necesidades del servicio para revocar parcialmente la concesión inicial a la recurrente de exoneración de determinados servicios, sino que se expresan las razones concretas al respecto, como por ejemplo la reducción de los medios humanos con que se cuenta para la prestación de las guardias al haber aumentado el número de peticiones similares a la efectuada por la actora, así como la conveniencia de asegurar, mediante la prestación de ciertas actividades, un nivel mínimo de formación en la recurrente, siendo cosa diferente que la actora no esté de acuerdo con tal motivación, pero sin que se pueda apreciar que la misma no existe o que se limita a la invocación genérica de necesidades del servicio. Por otra parte, conviene destacar el argumento de que la resolución combatida sigue las directrices marcadas por el Observatorio Militar para la igualdad de hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas, organismo creado por orden ministerial 51/011 de 28 de julio, con la misión, entre otras, de analizar las cuestiones relacionadas con la igualdad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en las Fuerzas Armadas que se planteen, que en el caso de la recurrente consideró adecuada la revocación parcial de lo inicialmente concedido, lo cual hace decaer más todavía la alegación de falta de





motivación o de arbitrariedad en que descansa la demanda. Finalmente, debe también ponerse de relieve, como nuevamente señaló la demandada en su contestación, que la interpretación restrictiva de las necesidades del servicio que reclama la recurrente viene reservada por la orden ministerial 121706 de 4 de octubre a las familias monoparentales, que no es el caso de la recurrente. En definitiva, a tenor de lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado no incurre en la falta de motivación ni en la arbitrariedad denunciadas por la actora, o al menos la misma no acredita lo contrario, por lo que a juicio de este Magistrado debe reputarse ajustada a derecho la resolución impugnada, con desestimación del presente recurso contencioso administrativo.



ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID