

Id Cendoj: 08019330042007100313  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Barcelona  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 1557 / 2003  
Nº de Resolución: 318/2007  
Procedimiento: Recurso ordinario (Ley 1998)  
Ponente: MARIA LUISA PEREZ BORRAT  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Recurso nº 1557/2003

Parte actora: Bernardo

Parte demandada: MINISTERIO DEL INTERIOR D.G.P.

**SENTENCIA nº 318/2007**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

DÑA. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT

DÑA. MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ

En Barcelona, a veintisiete de abril de dos mil siete.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA), constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por D. Bernardo , en su propia representación y defensa, contra la Administración demandada MINISTERIO DEL INTERIOR D.G.P., actuando en nombre y representación de la misma el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D/Dª. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

Segundo.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites

conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

Tercero.- Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

Cuarto.- Se señaló para votación y fallo de este recurso, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El demandante, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, impugnó la resolución presuntamente desestimatoria del recurso de alzada interpuesto en fecha 9 de julio de 2003, contra la resolución de la Jefatura Superior de Policía, de 16 de junio de 2003, por la que se denegó la compensación horaria correspondiente al servicio prestado el 1 de mayo de 2003 (festivo).

El recurrente, adscrito a la Unidad regional de Sanidad de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, solicitó que le fueran concedidas 36 horas de permiso (24 horas más 12 de compensación por festivo), a cuenta del trabajo realizado, dado que el 1 de mayo de 2003, que se encontraba accidentalmente ejerciendo la Jefatura de la Unidad Regional de Sanidad por ausencia del titular, recibió la orden de que estableciera un servicio médico de guardia ante la previsión de que se produjeran incidentes violentos, por lo que, dada la escasez de medios disponibles, se vio obligado a hacerse cargo él mismo del servicio, consistente en estar localizable durante todo el día, para lo que aportó su número de teléfono particular.

Al remitir el expediente, constaba resolución expresa de la Administración en la que entendía que no procedía el abono de cantidad o compensación alguna, ya que no se le ordenó el establecimiento de ningún servicio sino solamente la aportación del número de teléfono para avisarle si fuera preciso y como no hubo aviso no se prestó el servicio de forma efectiva.

Considera el demandante que sí realizó un servicio de incidencias el día indicado, con motivo de los actos convocados para dicho día y para el caso de que se produjeran detenciones que precisaran servicios médicos, puesto que estuvo disponible durante las 24 horas por si se producía alguna incidencia que requiriera sus servicios. Dicha disponibilidad comportó que no pudiera realizar su vida habitual como cualquier otro día en el que no tiene servicio (salir de viaje, salir de la ciudad, etc.). La situación en la que se encontraba era que tenía que estar disponible durante un periodo de tiempo a los efectos de que pudieran precisar sus servicios, independientemente que se precisaran o no y éste se ha de considerar como tiempo trabajado puesto que se está a la disposición de que precisaran su presencia, con independencia del lugar en donde estuviera disponible.

Segundo.- El Abogado del Estado aduce en primer lugar la inadmisibilidad del recurso por cuanto existe un acto administrativo, definitivo y firme, cual es la desestimación expresa del recurso de alzada, de 12 de noviembre de 2003 (notificada al actor en fecha 1 de diciembre siguiente), que ha sido consentido por no haberse impugnado en forma. La inadmisibilidad se funda en el *art. 36.4 de la LJCA* , en tanto que el demandante, una vez interpuesto el recurso contra el acto dictado por silencio, debió solicitar la ampliación -o desistir del recurso e interponerlo contra el acto expreso. En cuanto al fondo se opone a la pretensión formulada por el actor por entender que no puede ser confundida la disponibilidad para el servicio con una efectiva prestación del servicio, que es lo compensable.

Tercero.- En primer lugar hemos de examinar la posible causa de inadmisibilidad. Hemos de tener en cuenta que el *artículo 36.4 de la LJCA* en modo alguno obliga a la parte a ampliar el recurso al acto administrativo expreso sino que dicha ampliación es potestativa. La inadmisibilidad alegada ha de ser rechazada, máxime cuando estamos ante un proceso de personal en el que el funcionario se defiende y representa a sí mismo.

Cuarto.- La cuestión que se somete a este Tribunal consiste en determinar si la situación de disponibilidad en la que se encontró el demandante el 1 de mayo de 2003, situación que es aceptada por la Administración, ha de comportar algún tipo de compensación. Consta acreditado en periodo probatorio que el actor, en ausencia del titular de la Unidad Sanitaria asumió accidentalmente las funciones de responsable inmediato de la misma; que no se le ordenó que designase un servicio médico, sino un teléfono de contacto; que el recurrente manifestó verbalmente que él mismo facilitaría el teléfono a la Brigada Provincial de Información, que lo facilitó.

Sostiene la Administración la improcedencia de la pretensión porque si bien estuvo en situación de disponibilidad, ni acudió a las dependencias policiales ni fue requerida una efectiva prestación de servicio, de donde concluye que no se menoscabó su descanso en jornada festiva. Pero este razonamiento no puede prosperar en tanto que la situación de disponibilidad sí que limitó la jornada festiva, a la que tenía derecho, puesto que, como pone de relieve el demandante, no podía desplazarse fuera de la ciudad ni tenía la misma libertad para dejar su domicilio.

Es evidente que esta situación de disponibilidad por necesidades del servicio no es equiparable a la situación en la que se encuentra el funcionario cuando está libre de servicio, por lo que debe tener una compensación sin que pueda asimilarse la disponibilidad que ahora se examina a la mera disponibilidad profesional en la que se halla todo miembro del Cuerpo Nacional de Policía, pues en este último caso la disponibilidad es hipotética y si no se localiza al funcionario ello no da lugar a responsabilidad, mientras que, en este caso, la disponibilidad para el eventual servicio era previa, es decir que comportaba la asunción por parte del funcionario de un compromiso a estar localizable en cualquier momento para prestar el servicio y por ello el incumplimiento de ese compromiso podía generar responsabilidad, ya que la disponibilidad se estableció en atención precisamente a la posibilidad de que existieran disturbios en los que resultaran heridos algunos detenidos, que podrían precisar atención médica, sin que haya acreditado la Administración que esta especial disponibilidad sea inherente al puesto de trabajo y ya conlleve alguna retribución o compensación. En definitiva, el hecho de que no se produjera ningún incidente que precisara que el demandante prestara el servicio "efectivo" no es suficiente para denegar la compensación solicitada puesto que la disponibilidad sí comportó un exceso de horario durante las 24 horas que duró, la cual, con arreglo al Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia e Interior y las Organizaciones Sindicales sobre determinadas condiciones de trabajo y carrera del *C.N.P. de 20 de febrero de 1995*, y el *Acuerdo de 27 de febrero de 1996*, ha de compensarse con tiempo libre (el que resulte de la aplicación de los índices correctores), sin que sea tampoco aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994 (RJA 1994\ 797 ) y la de 13 de abril de 1994 (RJA 1994\ 2995), dictadas por la Sala de lo Social en tanto que en ellas se examinó el régimen jurídico del personal sanitario no facultativo que se regía por el *Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo de 1973*.

Quinto.- Por todo lo dicho procede reconocer el derecho del recurrente a que se le compense por el exceso horario atendida su disponibilidad para el servicio el 1 de mayo de 2003, sin que proceda la imposición de las costas a ninguna de las partes al amparo del *art. 139 de la LJCA*.

## **FALLAMOS**

1º) Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Bernardo contra la Resolución arriba indicada la cual anulamos por no ser conforme a Derecho.

2º) Reconocer el derecho del demandante D. Bernardo a que se le compense por el exceso horario atendida su disponibilidad para el servicio el 1 de mayo de 2003.

3º) Sin imponer las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, estando la Sala celebrando audiencia pública el día 30 de mayo de 2007, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma, de lo que yo el Secretario, Doy fe.