TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Rollo de apelación nº 263/2010

Parte apelante: DEPARTAMENT D'INTERIOR, RELACIONS INSTITUCIONALS I PARTICIPACIÓ

Representante de la parte apelante:

Parte apelada: EVARISTO CAMACHO PIZARRO

Representante de la parte apelada:

S E N T E N C I A Nº 1270/2011

Ilmos. Sres.:
PRESIDENTE
D. EDUARDO BARRACHINA JUAN
MAGISTRADOS
D. JOAQUIN BORRELL MESTRE
D. LUIS FERNANDO GÓMEZ VIZCARRA

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de noviembre de dos mil once

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don Luis Fernando Gomez Vizcarra, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26/04/2010 el Juzgado Contencioso Administrativo 12 de Barcelona, en el Procedimiento abreviado seguido con el número 550/2008, dictó Sentencia Estimatoria parcial del recurso interpuesto contra Resolución de 15-7-2008 del Departamento de interior, por la que se desestima el pase a la situación de 2ª actividad, sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2011.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, conviene recordar, con cita de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998, que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia o auto apelado, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia o auto a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia o auto apelados al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los limites y en congruencia con los términos en que vengan ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

c) El recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del Juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, debe respetarse en la alzada, con la única excepción de que la conclusión probatoria de que se trate carezca de apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien de que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiendo por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada, sin esfuerzo.

SEGUNDO.- En el presente supuesto, la cuestión objeto de debate viene determinada por la pretensión del actor, M.E., que sufrió amputación del brazo izquierdo por accidente de trabajo, de que se le reconozca en situación de segunda actividad, con los efectos económicos correspondientes.

Llegados a este punto, y como antes se ha expuesto en el Fundamento Jurídica Primero, letra b), con referencia a no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, debe hacerse constar que la misión de esta Sala no es la de llevar a cabo un segundo juicio sobre la cuestión objeto de debate, sino la de examinar y analizar la valoración que el Juez "a quo" ha llevado a cabo sobre la actividad probatoria practicada, y si la conclusión a la que ha llegado se

halla o no ajustada a Derecho y a la resultancia de dicha prueba, y en tal sentido, y tras el oportuno estudio, se llega a la conclusión de que la Sala, en el caso presente, debe compartir en un todo el criterio que se establece en la sentencia apelada, cuyas argumentaciones se asumen en la presente por su ajuste a Derecho. El actor, efectivamente, sufrió amputación del brazo izquierdo por accidente de trabajo, por lo que la cuestión se centraba en determinar la procedencia o no de otorgarle la situación de segunda actividad.

La respuesta ha de ser, necesariamente, afirmativa, dado que la ley 10/94, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat - Mossos d'Esquadra, era bien clara y no ofrecía ninguna duda de interpretación en los arts. aplicables al caso, esto, del 61 al 64, y establecían el procedimiento necesario para ello, con la suficiente regulación para hacer innecesario un desarrollo reglamentario que, obviamente, no podría ni podía ser contrario a la misma ni establecer una regulación distinta, sino sólo desarrollar sus preceptos.

En este aspecto, vemos que el art. 61.2 de la referida ley solamente habla de " disminución de las condiciones físicas o psíquicas", pero de ningún modo hace una distinción de la entidad que debía revestir esa disminución, ni sienta un casuismo en ese sentido, ni mucho menos, distinguía entre incapacidad permanente total o parcial, ni incapacidad absoluta, estableciendo un Tribunal médico para ello, por lo que la Administración, lo que debió hacer y no hizo era atenerse a todo ello y conceder o denegar la segunda actividad, pero sujetándose a esa normativa y procedimiento, y no al general de la Seguridad Social, que, como bien dice la sentencia, podría afectar a funcionarios con respecto de los cuales no existía la opción de la segunda actividad, que no es el caso que nos ocupa, por lo que cabe determinar que la Administración no observó el procedimiento previo y legalmente establecido.

Cierto es que el actor tiene una disminución de importancia como es la amputación de un brazo, pero cierto es también que de una parte, ello, en muchas ocasiones es susceptible de notable mejora con la implantación de una prótesis con arreglo a los avances científicos del momento, y, de otra parte, en el Cos de Mossos d'Esquadra, Cuerpo de naturaleza plenamente policial, y al igual que en el resto de los Polícias existentes en el mundo, hay funciones que pueden precisar del uso de la fuerza física o de medios de defensa o de uso de armamento, y para ello el actor iba a tener serias dificultades y limitaciones derivadas de aquella carencia, pero no es menos cierto que no todas las funciones policiales son de ese tipo, sino que

existen otras de muy variada índole en las que, salvo supuestos muy excepcionales y puntuales no son imprescindibles los enfrentamientos físicos, como son policía administrativa, determinados cometidos investigadores de Policía Judicial o científica etc., en los que, de gozar de buena salud física y mental, podrían ser desempeñados por personas como el actor, unido al hecho de que, en su caso, podría haber sido adscrito a la prestación de servicios complementarios también de segunda actividad en el Cuerpo o en puestos de otros Cuerpos de la Generalitat adecuados a su nivel y conocimientos, y ello desde el primer momento en que se le dió de baja, y no se hizo, por lo que no puede caber duda alguna de que le ampara la razón en su petitum, como reconoce la sentencia apelada y aclaración a la misma.

También es cierto que el Decret 246/2008, de 16 de Diciembre, sobre regulación de la segunda actividad en el Cos de MMEE, parece establecer la distinción que señala la Administración en su escrito de oposición a la apelación, pero, llámesele como se le quiera llamar, y habida cuenta de los términos en que se halla redactada la ley 10/94, y espiritu de la misma, no cabe duda de que todo ello globalmente, se refiere a la situación de segunda actividad que establece la ley y que debió serle reconocida desde el principio, como lo ha sido después, al publicarse el Decreto, que, además de ser posterior a la situación de incapacidad, no era imprescindible ni constituía un requisito sine qua non para la aplicación de la ley, a la que desarrollaba, pero, como antes se dice, no modificaba, en virtud del principio de jerarquía normativa y que ya establecía y regulaba la situación de segunda actividad, lógicamente desde antes del Decret citado.

Es por todo lo que ha quedado expuesto por lo que este Tribunal entiende procedente la confimación de la sentencia apelada, con la aclaración a la misma verificada por Auto de 11 de Mayo de 2010, al ser plenamente ajustada a Derecho, lo que, consecuentemente, implica la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la misma.

TERCERO.- Que en materia de costas procesales de esta alzada, será procedente su imposición a la Administración apelante, a tenor del art. 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimada totalmente la apelación interpuesta y no ser de apreciar circunstancia alguna que justifique la no imposición, si bien éste Tribunal, y habida consideración de la cuestión litigiosa e índole de la misma, entiende procedente señalar un total máximo de 3.000 Euros..

Visto lo expuesto y preceptos citados de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Abogada de la Generalitat de Catalunya, contra la sentencia de fecha 26-4-2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, en los autos de recurso de tal clase de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia y aclaración a la misma, en todas sus partes, por ser ajustada a Derecho, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, hasta un máximo de 3.000 Euros.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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