

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

Rollo de apelación nº 82/2016

Parte apelante: y Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya
Parte apelada: DEPARTAMENTO DE INTERIOR DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y

S E N T E N C I A N º 807/2016

**Ilmos. Sres.:
PRESIDENTE
D. EMILIO BERLANGA RIBELLES
MAGISTRADOS
D. EDUARDO BARRACHINA JUAN
D^a M^a LUISA PÉREZ BORRAT
D^a M^a FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA
D^a MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ
D. JOAQUÍN BORRELL MESTRE**

En la ciudad de Barcelona, a uno de diciembre de dos mil dieciséis

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 para la resolución del presente recurso de apelación, interpuesto por representado por la Procuradora D^a ISABEL PEREIRA MAÑAS y asistido por la Letrada D^a Mónica Fanlo Busquet y el DEPARTAMENT D'INTERIOR DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, representado y asistido por la LETRADA DE LA GENERALITAT contra la sentencia nº 270/15, de fecha 13/11/15, recaída en el Procedimiento Abreviado nº 259/14, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº12 de Barcelona, al que se oponen el DEPARTAMENT D' INTERIOR DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don Eduardo Barrachina Juan, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13/11/2015 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado seguido con el número 259/2014, dictó Sentencia estimatoria contra Resolución de fecha 28-03-14 en la que se acuerda adscribir provisionalmente al actor a una plaza de técnico de apoyo. 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 30 de noviembre de 2016.

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

QUINTO.- En la deliberación y votación del presente Rollo de Apelación formó Sala el Ilmo. Sr. Presidente de este Tribunal D. Emilio Berlanga Ribelles.

DERECHO FUNDAMENTOS DE

PRIMERO.- Es objeto de este doble recurso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, de 13 de noviembre de 2015, que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de 28 de marzo de 2014 que adscribió provisionalmente al interesado a una plaza de técnico de apoyo, con las correspondientes retribuciones y horarios con jornada reducida de 15 horas y 47 minutos; retribuciones que sumadas a las que percibe por su Incapacidad Permanente Total alcanzan el 100% de las que percibía con anterioridad. La sentencia de instancia le reconoce el derecho a percibir el 100% de las retribuciones del puesto de trabajo, realizando la jornada laboral completa, con independencia de la pensión que tiene reconocida por su IPT.

En la sentencia se exponen los antecedentes fácticos, debiendo destacarse que el recurrente había sido declarado en situación de incapacidad permanente en grado total para funciones policiales el 3 de mayo de 2013. El día 14 de junio de 2013 solicitó ser destinado a un puesto de trabajo no policial de apoyo técnico reservado a funcionarios con su misma situación. Se desestima la alegación de cosa juzgada y se declara que la aplicación del Decreto 246/2008 vulnera el derecho a la igualdad de trato, al afirmar que establece una diferencia entre los funcionarios declarados en situación de IPT y el resto de funcionarios, pues a los primeros se les limita el número de horas que pueden trabajar, con repercusión en

las retribuciones a percibir por lo que no alcanzan el 100% de las retribuciones que percibirían de desempeñar el puesto con jornada completa. Se razona que esa diferenciación no tiene fundamento legal, ni explicación entre los funcionarios declarados en IPT y el resto de funcionarios de Mossos d'Esquadra, pues a los primeros se les limita el número de horas que pueden trabajar por percibir una pensión por IPT. En definitiva, se afirma que el hecho de que el funcionario sea declarado en IPT no justifica la limitación de su jornada laboral ni la limitación retributiva, por lo que se les debe reconocer la jornada laboral íntegra, como el resto de funcionarios. Por ello se anula la resolución impugnada declarando el derecho del demandante a percibir los derechos económicos resultantes de no aplicar el artículo 24.2 del Decreto 246/2008.

En el recurso de apelación interpuesto por la Generalitat de Catalunya, brevemente expuesto, también se exponen los antecedentes fácticos y se critica la sentencia impugnada al considerar que hay error en la valoración en la prueba y en la normativa aplicable, por cuanto el tercer párrafo del apartado segundo del artículo 24 del Decreto 246/2008, fue declarado válido por sentencia de este mismo Tribunal de 1 de febrero de 2012, contra el que se reproducen en la demanda los mismos argumentos impugnatorios que se tuvieron en cuenta en la sentencia indicada. Se denuncia la vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad, pues la comparación tenida en cuenta en la sentencia impugnada es improcedente, ya que en este proceso se trata exclusivamente de Mossos d'Esquadra declarados en situación de IPT, lo que impide su comparación con otros cuerpos de funcionarios como el de Bomberos, al no encontrarse de la misma situación, y menos aún en la policial, a parte de tener una regulación normativa diferente. Por último, destaca que el Informe de la Inspección de Trabajo fue dictado en otro proceso judicial y carece de competencias en materia de funcionarios públicos.

En el recurso de apelación interpuesto por expuesto de forma resumida, se destaca que el objeto del mismo es *determinar desde cuando deben abonarse las cantidades salariales no devengadas a favor del recurrente*, que se entiende es desde el momento de causar baja en el Cuerpo de Mossos d'Esquadra, después de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total y de baja de cotizaciones el 3 de mayo de 2013 hasta el día 16 de abril de 2014 y desde el 17 de abril de 2014 en adelante (estos últimos reconocidos por la sentencia impugnada). Por lo tanto, reclama las diferencias económicas por el periodo no reconocido, además de los intereses. Se remite al informe de la Inspección de Trabajo para demostrar la compatibilidad entre la prestación de la Seguridad Social que percibe y las retribuciones profesionales, incluso se compara con la regulación del Cuerpo de Bomberos, entre otros. Se denuncia error de la sentencia en la valoración de las sentencias aportadas al proceso. Reclama el 100% de la retribución, cotizaciones e intereses desde el 3 de mayo de 2013 al 16 de abril de 2014, como le ha sido reconocido desde el 17 de abril de 2014 en adelante (momento en que inició sus funciones de soporte técnico no policial).

En el escrito de oposición por parte de la Generalitat de Catalunya al recurso de apelación del interesado se reproducen los argumentos jurídicos ya conocidos. Se destaca que acerca de lo solicitado por el recurrente, referente al

pago retroactivo de retribuciones, se debe estar a lo dispuesto en la sentencia, pues no fueron resueltos en la misma, al introducirse *ex novo* en el recurso de apelación, no reclamados en primera instancia. En caso contrario, se abonaría un período de tiempo, unos diez meses, en que no trabajó en su nuevo puesto de trabajo. Reitera que el informe de la Inspección de Trabajo procede de órgano incompetente y se remite al RD Ley 20/2012 de incompatibilidad de la pensión con cualquier otra percepción económica. Por todo ello, solicita que se desestime el recurso de apelación interpuesto por el recurrente.

El recurrente también se opone al recurso de apelación de la Administración defendiendo su derecho a que se le asigne un puesto de trabajo con una jornada completa y a percibir el 100% de las retribuciones asignadas. Por lo demás, recuerda que ésta es la posición que se ha adoptado para el Cuerpo de Bomberos; alega que se ha producido una discriminación en relación con este Cuerpo y con otros miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra y que las retribuciones del puesto se fijan sin tener en cuenta quién ocupa el puesto de trabajo por lo que debe reconocerse el derecho a percibir el 100% de las retribuciones para respetar su dignidad; todo ello con efecto retroactivo. Solicita el abono desde el 3 de mayo de 2013 al 16 de abril de 2014, que es el periodo que no se reconoce en la sentencia y, en consecuencia, que se desestime el recurso de apelación de la Administración demandada.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos de los escritos de las partes litigantes, en relación con la sentencia impugnada, así como de la jurisprudencia aplicable, para llegar a la conclusión de que la acción jurisdiccional por la Administración demandada no debe prosperar por los siguientes motivos.

El centro básico de la controversia suscitada en este proceso consiste en determinar si se ha vulnerado el principio constitucional de igualdad, en la aplicación de lo que se dispone en el artículo 24 párrafo segundo del Decreto 246/2008 (ultimo apartado), que fue convalidado por la sentencia dictada por este mismo Tribunal que cita la Administración. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el último párrafo del art. 24.2 de dicho Decreto fue derogado por la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas de la Generalitat de Catalunya sin duda por no tener cobertura legal al establecer una discriminación para un determinado colectivo. Consta en las actuaciones el diario de sesiones del Parlament de Catalunya (folios 288 y s.s.) en una interpelación al Conseller de Interior que expresa que la voluntad del Departament era “tractar sense cap mena de discriminació un col·lectiu que ha servit al Cos de Mossos d'Esquadra i que té el dret, i nosaltres li garantirem, evidentment, d'incorporar-se amb aquestes dificultats, que hi són, perquè la voluntat, hi insisteixo, era la derogació”, y, en todo caso, las disposiciones generales pueden ser objeto de impugnación indirecta con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación (art. 26 de la LJCA).

Ello nos lleva a examinar la discriminación del recurrente, que fue declarado en situación de incapacidad permanente total y que, al amparo del Capítulo V del Decreto 246/2008, solicitó un puesto de trabajo de apoyo técnico que se reservan a funcionarios que se hallen en esta situación, es decir, a quienes no pueden continuar realizando tareas policiales (art. 19 y s.s.). La solicitud se

presentó dentro del plazo de doce meses que dispone el Decreto.

En aplicación del artículo 24.1 del mismo texto reglamentario, el interesado debería percibir las retribuciones básicas de su categoría en el Cuerpo de Mossos d'Esquadra y las de carácter personal que tenía reconocidas, además de las complementarias del puesto de trabajo no policial que pasaba a ocupar.

El art. 24.2 del Decreto 246/2008, establece que *“Durante el tiempo en que las personas funcionarias del cuerpo de Mozos de Escuadra en situación de incapacidad permanente total ocupen puestos de trabajo de apoyo a ellas reservados y dado que estos puestos pueden tener asignadas unas remuneraciones que supongan una base de cotización inferior a la media de las bases de cotización anteriores a la declaración en situación de incapacidad permanente total, de acuerdo con lo que dispone la normativa vigente en materia de Seguridad Social, la persona funcionaria, la Generalidad de Cataluña y la Tesorería General de la Seguridad Social suscribirán un convenio especial o fórmula análoga en los términos normativamente establecidos con la finalidad de complementar las cotizaciones derivadas de las remuneraciones percibidas con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente total y poder tener derecho a unas pensiones equivalentes a las que hubieran resultado en caso de mantenerse en la ocupación de los correspondientes puestos policiales.*

En este sentido, la cotización complementaria, que será pagada íntegramente por la Generalidad, tendrá que ser tal que, sumada a la que derive del puesto de trabajo de apoyo efectivamente ocupado, el resultado final no sea inferior a la cotización correspondiente al puesto de trabajo de la categoría y nivel del cuerpo de Mozos de Escuadra a la cual pertenezca la persona funcionaria afectada.

La problemática jurídica que se replantea en esta segunda instancia, consiste en dilucidar si al recurrente se le ha de aplicar el último párrafo del art. 24.2 conforme al que:

“La suma de las retribuciones percibidas por la persona funcionaria declarada en situación de incapacidad permanente total correspondientes a la pensión de invalidez reconocida más las retribuciones del puesto de apoyo ocupado equivaldrá al 100% de las retribuciones fijas que venía percibiendo antes de la declaración en incapacidad permanente. Con esta finalidad, si las retribuciones totales del nuevo puesto más la pensión son inferiores a las que percibía antes de la mencionada declaración, tendrá derecho a un complemento personal transitorio y absorbible hasta conseguir la diferencia. No obstante, si las retribuciones del nuevo puesto más la pensión fueran superiores se procederá a ajustar la duración de la jornada laboral, para que las retribuciones resultantes en conjunto coincidan con el 100% de lo que venía percibiendo.”, el cual, como se ha dicho, fue derogado con efectos a 14 de marzo de 2015.

En aplicación de este precepto, la Administración creó un puesto de trabajo y efectuó un cálculo -teniendo en cuenta la pensión que percibía por ITP- reduciendo la jornada laboral del recurrente así como las retribuciones. Por lo tanto, en el momento de realizar su nueva jornada de trabajo (reduciéndose

también proporcionalmente las retribuciones a percibir). Ampara este proceder en el artículo 24.2 in fine. Sumadas las retribuciones percibidas por la persona funcionaria declarada en situación de incapacidad permanente total a las retribuciones percibidas por el desempeño del puesto, percibiría el 100% de las retribuciones fijas que venía percibiendo antes de la declaración en incapacidad permanente.

Por lo demás, si las retribuciones totales del nuevo puesto más la pensión fuesen inferiores a las que percibía antes de la mencionada declaración, tendría derecho a un complemento personal transitorio y absorbible hasta conseguir la igualdad retributiva. Pero, *si las retribuciones del nuevo puesto más la pensión fueran superiores se procederá a ajustar la duración de la jornada laboral, para que las retribuciones resultantes en conjunto coincidan con el 100% de lo que venía percibiendo.*

TERCERO.- Ha quedado acreditado en autos (según informe de la inspección de trabajo) que hubo un grupo de mossos d'esquadra a quienes, estando en la misma situación que el recurrente y estando vigente el apartado suprimido, no se les aplicó dicha limitación retributiva y horaria que establece el art. 24.2 in fine, lo que comparativamente se considera una discriminación.

La Ley 3/2015 derogó el tercer párrafo del apartado segundo del artículo 24 del Decreto 246/2008. A partir de la nueva regulación, *derivada de esa derogación* los interesados, percibirán el 100% de las retribuciones que, como Mosso d'Esquadra, más el 55% de la pensión que le corresponda por IPT.

El punto de discusión jurídica afecta a los funcionarios que se hallan en el periodo intermedio. La Administración defiende su posición alegando que la finalidad de dicha regulación es que el interesado no disminuya sus retribuciones totales, ya que siempre se le garantiza el 100% de las retribuciones que venía percibiendo, uniendo la pensión de la Seguridad Social más el sueldo del puesto que desempeña por haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total. En el presente caso, al demandante en primera instancia se le adscribió a un puesto de trabajo no policial de apoyo técnico con jornada reducida de 15 horas y 47 minutos y retribuciones proporcionales euros.

En cambio, el recurrente sostiene que ha sido discriminado respecto a otro colectivo, como el de Bomberos; e incluso respecto a otros miembros del Cuerpo a quienes no se aplica dicha limitación. Además, aduce que la propia Dirección de la Función Pública indicó que el apartado aquí cuestionado no tenía cobertura legal.

Como recuerda la STC 122/2008, de 20 de octubre, FJ 6, con remisión a la STC 22/1981, de 2 de julio y recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una

diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente

En el presente caso el tratamiento de la misma situación es diferente según se trate del Cuerpo de Bomberos y del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. Así resulta de los documentos públicos nº 13 y 14 (folio 77 y s.s de las actuaciones) y ello no se cuestiona por la Administración en apelación, en tanto que pretende fundar esta diferencia en una alegada segunda actividad en los bomberos que no reconoce en los mismos términos para los mossos, cuestión esta que ya ha sido decidido por esta Sala en sentencias nº 789, 796 y 797 de 21 de octubre 2015. Por lo demás, el Decreto 241/2001 no tiene una disposición equiparable al art. 24.2 in fine del Decreto 246/2008. Así se desprende del documento que obra en el folio 96 y s.s. de las actuaciones (Versió 6.1 - 15 d'abril) resumen - propuesta de la reunión que tuvieron los representantes del Departamento de Interior y las organizaciones sindicales más representativas, apartado final del documento, en el que se exponía la intención de "aplicar una solució similar a les incapacitats sobrevingudes en el cos de bombers amb el consegüent estalvi de recursos, modificant l'actual decret de segona activitat".

El término de comparación lo ofrece el demandante con: i) Los Mossos d'Esquadra que son operativos, es decir, que ni están en segunda actividad ni son técnicos de soporte; ii) Los técnicos de soporte que ingresaron a partir de 2008 y hasta 2013; iii) Los miembros del Cuerpo de Bomberos, cuya regulación no limita sus retribuciones y iv) Los funcionarios que acceden a la Generalitat por medio de una oposición con una discapacidad permanente.

1º) El puesto de trabajo que se les asigna puede también ser desempeñado por Mossos d'Esquadra que son operativos, es decir, que ni están en segunda actividad ni son técnicos de soporte; en estos casos no hay ni horario reducido (a todo el personal se le aplica una serie de horario y tienen que realizar 1680 horas presenciales) ni reducción de retribuciones (todos los agentes se rigen por unos mismos acuerdos del Gobierno que son públicos, por grupos y categorías y las retribuciones asignadas a los puestos de trabajo se rigen por criterios objetivos: pertenencia a un grupo; trienios; características del puesto de trabajo, etc.). Pese a poder hacer el mismo trabajo y la misma jornada, al recurrente se le ha reducido el horario y las retribuciones de forma obligatoria por la circunstancia de estar en IPT;

2º) Discriminación respecto a los técnicos de soporte que ingresaron a partir de 2008 y hasta 2012, porque a ellos, aun estando en vigor, no se les aplicó el apartado ahora derogado (art. 24.2 in fine).

Esta discriminación resulta de la documental siguiente:

a) El informe de la Inspección de Trabajo (folio 226 y s.s. de las actuaciones), cuya pág. 6 admite que "... las primeras solicitudes efectuadas estando en vigor el citado Decreto no se tramitaron conforme al procedimiento establecido. Los trabajadores percibían la Incapacidad Permanente Total en el porcentaje que les correspondiese y, por otra parte, el sueldo correspondiente al lloc de suport que ocupasen sin limitación de ninguna clase en sus condiciones laborales" (cuantifica en 35 el número de mossos d'esquadra que ocupan "llocs de suport" sin limitación alguna en jornada y retribución, folio 232 de las actuaciones). A partir del año 2012, las solicitudes emitidas se tramitaron conforme al Decreto 246/2007 y se procedió a la modulación de las retribuciones conforme a la normativa indicada.

También este informe parte del art. 141.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (ahora sustituido por el art. 198 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) el cual establece que "en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total" y la STS de 30 enero 2008; RJ 2008, 1984, de la Sala de lo Social que cambió el criterio en el sentido de que todo trabajador por cuenta ajena que cause Incapacidad Permanente Total podrá compatibilizar esta situación con un contrato de trabajo por cuenta ajena o propia diferente a su profesión habitual, sin establecer ninguna restricción a las condiciones laborales y retributivas en este nuevo trabajo (poniendo de relieve también la eficacia de las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo respecto de prestaciones futuras: pensión de jubilación/nueva prestación por IPA).

Del mismo modo, examina comparativamente la situación del mosso allí demandante con los bomberos; con los mossos d'esquadra comprendidos en el primer grupo a quienes no se les aplicó el art. 24.2 in fine y con el personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Hace referencia a los diversos informes de distintos organismos técnicos antes de aprobarse el Decreto que relaciona en el folio 6 del informe: i) El apartado 9º de la Nota relativa al proyecto de Decreto de la Dirección General de la Función Pública que se expondrá más adelante; ii) El informe del Comité Español de representantes de personas con discapacidad (CERMI). Esta entidad fue designada en el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre como asociación pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisara la aplicación en España del Convenio Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, disposición adicional primera (folio 293 des la

actuaciones). Dicho informe figura en el folio 202 y s.s. de las actuaciones.

Y concluye que existe un trato desfavorable y restrictivo de derecho que afecta al colectivo de Mossos d'Esquadra con Incapacidad Permanente Total. Este trato desfavorable consiste en restringir el acceso al pleno empleo a trabajadores discapacitados en comparación con trabajadores sin discapacidad alguna y en legislar de forma contraria a la norma general. Dicho trato desfavorable tiene cabida en el art. 35.5 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social que sanciona con nulidad de pleno derecho los preceptos reglamentarios que den lugar a situaciones de discriminación directa desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos de empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.

b) En la propuesta de Acuerdo aportada por la Administración, de 22 de abril de 2008, se deja constancia de la necesidad de hacer un esfuerzo colectivo de responsabilidad social para dar a los funcionarios del cuerpo declarados en invalidez permanente total la posibilidad de que se integren laboralmente en puestos de soporte técnico a la actividad policial, la cual había de hacerse, preferentemente, en el ámbito de la Dirección General de la policía y, si fuera procedente, de la DIREP en su conjunto, posibilitando la realización de tareas técnicas complementarias y auxiliares compatibles con la situación de invalidez permanente, también desde el punto de vista retributivo.

Por ello, las retribuciones de referencia de estos puestos de trabajo serán las que correspondan a los puestos de trabajo de administración general de la Administración de la Generalitat, las cuales se incluyen indicativamente como anexo.

Por lo que se refiere al punto 24.2, si no fuera técnicamente viable aplicar el convenio especial con la Seguridad Social, la administración se comprometía a garantizar una cotización equivalente a la que hubiera resultado de mantenerse en la ocupación de los correspondientes puestos policiales.

c) La "nota" de la Dirección General de la Función Pública, que al referirse al apartado final del art. 24.2 del Decreto expone que "La modulació de les retribucions en funció de la pensió d'incapacitat que pugui percebre el funcionari, és un criteri que no troba encaix a la normativa de la funció pública. A més, cal dir que la percepció de les retribucions del lloc de treball que es desenvolupa, d'acord amb l'art. 141.1 de la Llei General de Seguretat Social".

3º) Trato menos favorable y discriminación con el cuerpo de Bomberos; lo cual se basa en dos cuestiones: de procedimiento y la no limitación retributiva.

La discriminación que ahora se examina es la sustantiva y resulta

clara no solo por no existir limitación alguna en el Decreto 241/2001, sino también de los docs. 13 y 14 (folios 77 y s.s. de las actuaciones).

4º) Trato menos favorable y discriminación con los funcionarios que acceden a otros Cuerpos de la Administración de la Generalitat de Catalunya, mediante oposición y que participan en el turno restringido reservado a personas con discapacidad permanente.

En estos casos, se les exige que justifiquen la discapacidad que padecen y su grado con el fin de que se examine si pueden o no desempeñar el trabajo o la plaza. No obstante, si aprueban no ven limitadas ni sus retribuciones ni la jornada en función de la pensión que tenga reconocida por su discapacidad. Así ha sido reconocido por la STJ del País Vasco, nº 865/1999, de 25 de noviembre (folio 140 y s.s. de las actuaciones).

CUARTO.- El art. 49 de la CE obliga a los poderes públicos a realizar una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

El Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, reconoce en su art. 35 el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, definiendo los supuestos de discriminación directa e indirecta, así como la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, reconociéndose en el art. 75 la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en la extensión que el precepto establece. En el apartado 3º se impone la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

Además, ha de tenerse en cuenta la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, ratificado por España (BOE de 21 de abril de 2008) que forman parte de su ordenamiento jurídico interno (art. 96 de la CE) y la decisión del Consejo de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2009, que aprobó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención que es parte de nuestro ordenamiento interno desde el pasado 23 de diciembre de 2010, y los arts. 14, 9.2 y 10.1 de la CE.

Finalmente, no es inocuo que se desempeñe un puesto de trabajo con jornada y retribución reducida pues también en la integración de las personas con discapacidad es relevante el aspecto social de futuro en la medida en que el desempeño de un puesto de trabajo efectivo va a permitirles, como a todo

trabajador, asegurarse una pensión de jubilación superior.

Por todo lo dicho, la pretensión sostenida por la Administración tanto en la instancia como en su recurso de apelación ha de ser desestimada. Debemos confirmar, al amparo del art. 6 de la LOPJ, la no aplicación al caso del último apartado del art. 24.2 del Decreto 246/2008, por ser discriminatorio circunstancia que comporta su nulidad (art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 y la citada más arriba) y sin perjuicio de que se aplique lo establecido en el art. 27 y 123 de la LJCA, una vez resulte la firmeza de esta sentencia.

QUINTO.- Debemos ahora examinar si la reclamación de reconocimiento de derechos económicos ha de tener efecto retroactivo y, en caso afirmativo, cuál ha de ser la fecha de retroacción.

En este caso, se solicitan las retribuciones desde el día 3 de mayo de 2013, porque *en caso contrario se produciría un período de tiempo en que la pérdida de retribuciones le ocasionaría un grave perjuicio*. Para resolver esta segunda cuestión, hemos de tener en cuenta que el interesado solicitó el 14 de junio de 2013 ser destinado a un puesto de Trabajo no policial. El 29 de agosto de 2013 se emitió informe de la Unidad de Vigilancia de la Salud del Servei de Prevenció de Riscos Laborals. El 12 de noviembre de 2013 se aprobó la modificación de la RPT que incluyó un puesto de apoyo técnico no policial en Girona. El 17 de febrero de 2014 se requirió al para que comunicase el importe de la pensión del año 2014, que ascendió mensuales. El 28 de marzo de 2014, se le adscribió de forma provisional a un puesto de trabajo no policial de soporte técnico con jornada reducida. Tomó posesión el 17 de abril de 2014.

Debe tenerse en cuenta que en el suplico de la demanda se solicitó el abono de las retribuciones correspondientes, en su integridad, por discriminación por discapacidad y pago de los intereses legales computados desde la fecha en que debieron hacerse efectivas dichas cantidades en concepto de nóminas, hasta el pago del principal. Ello supone una reclamación económica, en los términos indicados en el recurso de apelación, que no ha percibido desde un primer momento.

Concretamente en esta instancia se pretende de nuevo que se le abonen las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo desde el 3 de mayo de 2013 hasta el 16 de abril de 2014, ya que las que se han devengado con posterioridad le han sido reconocidas en la sentencia.

Si bien admitimos que la reclamación pueda tener efectos retroactivos, no compartimos enteramente el razonamiento del recurrente. El único argumento que viene a refrendar dicha posición es su comparación con el Cuerpo de Bomberos, cuyo procedimiento es más rápido y establece plazos más breves.

Pero el procedimiento que ha de aplicarse en este caso es el establecido en el Decreto 246/2008, de 16 de diciembre. La adopción de medidas para adaptar la normativa existente a los nuevos compromisos adquiridos y hacer efectivo el acceso y la no discriminación de personas con discapacidad en el ámbito de la función pública (o su continuidad en la misma, como es el caso),

puede requerir una serie de actuaciones administrativas (por ejemplo cuando no hay una plaza disponible). En este caso la Comisión Técnica de la función pública se vio obligada a crear una plaza.

El procedimiento no es un mero requisito formal sino que es una garantía de acierto; para ello se concede a la Administración un plazo máximo para resolver las solicitudes que se le formulen. Los principios de eficacia y proporcionalidad exigen que la Administración no agote el procedimiento si no es indispensable. Pero el recurrente solo puede entender desestimada su solicitud una vez ha transcurrido el plazo.

En este caso, el Decreto 246/2008 no fija el plazo para resolver la solicitud. No obstante, en el Capítulo anterior (el IV), que regula el pase a la segunda actividad se establece en su art. 17.4 el plazo de seis meses para que la Administración pueda resolver el pase -o no- a la segunda actividad, plazo que se corresponde con el plazo máximo del art. 42.2 de la Ley 30/1992. Podemos acudir a este plazo supletorio tanto por el principio de especialidad, pues se trata de un procedimiento similar que está regulado en la misma disposición, como por el principio de analogía (art. 4.1 del C. Civil).

El recurrente no aporta argumentos suficientes para que podamos aceptar que los efectos de la Resolución administrativa hayan de tener el efecto retroactivo que pretende, máxime cuando la asignación de la plaza no es automática porque es preceptivo examinar si la discapacidad que le afecta le permite desempeñar las funciones del nuevo puesto.

Entendemos que no cabe reconocer el efecto retroactivo pretendido por cuanto ante la solicitud del demandante la Administración debía, además de resolver sobre esa solicitud y la capacidad del recurrente en relación con el nuevo puesto a desempeñar, adoptar otra serie de actos y medidas complementarias que permitieran hacer efectivo el derecho que le iba a reconocer.

Por ello, se considera que el efecto retroactivo derecho a percibir el 100% de las retribuciones, que reconoce la sentencia de instancia, ha de limitarse a las retribuciones que hubieran podido devengarse desde el 14 de diciembre de 2013 hasta el 16 de abril de 2014, en aplicación del plazo de seis meses para resolver el procedimiento, más los intereses legales que solicita en el apartado 7º de la demanda.

SEXTO.- Por todo lo cual, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Generalitat de Catalunya y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto la misma sentencia, en lo referente al reconocimiento de sus derechos económicos indicados, que deberán computarse desde 14 de diciembre de 2013 hasta el 16 de abril de 2014, cantidad a la que se añadirán los intereses legales que procedan y sin que debamos condenar en costas a ninguna de las partes, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por no concurrir los requisitos exigidos para ello.

FALLAMOS

1º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de [redacted] y le reconocemos el derecho a percibir el 100% de las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo asignado desde el 14 de diciembre de 2013 hasta el 16 de abril de 2014, más los intereses legales en los términos que interesa en el apartado 7º de la demanda.

2º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya.

3º) Sin imponer las costas.

Al amparo de lo establecido en los arts. 86 y demás concordantes de la LJCA, en su redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio y conforme establecen los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (BOE de 6 de julio de 2016) y 22 de julio de 2016 (del que se ha dado la oportuna publicidad a través de la sede electrónica del Consejo General del Poder Judicial y de la Oficina de Prensa del Tribunal Supremo), se informa a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación por interés casacional por las partes legitimadas el cual deberá interponerse en el plazo máximo de TREINTA DÍAS a contar desde la notificación de la presente resolución o, en su caso, del auto de aclaración o integración de la misma, dictado al amparo del art. 267 de la LO 6/1985, sin perjuicio de lo establecido en el art. 135 de la LEC.

De este recurso conocerá, si procede, el Tribunal Supremo cuando el recurso se fundare en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora (art. 86.3 del LJCA) o la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior, cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma (art. 86.3 de la LJCA).

En todo caso, el escrito de preparación, que se presentará ante la Sala de instancia, deberá ajustarse a los requisitos formales y sustantivos establecidos en los artículos 87 bis; 88 y 89 (en especial apartado 2º de este último artículo) de la LJCA.

Si el conocimiento del recurso de casación fuera competencia del Tribunal Supremo el escrito de preparación deberá, además, ajustarse a lo establecido en los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 y de 22 de julio de 2016, dictados al amparo del art. 87 bis de la LJCA, en aquello que sea aplicable.

A tales efectos, se informa a las partes de que no es posible la presentación del escrito por medios telemáticos ante este Tribunal.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 22 de diciembre de 2.016, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.



JUTJAT CONTENCIÓS ADMINISTRATIU 12 BARCELONA

Gran Via Corts Catalanes, 111, edif. I

Procediment abreujat 259/2014 Secció: 2C

contra DEPARTAMENT D'INTERIOR

RESOLUCIÓ: SENTÈNCIA ESTIMATÒRIA

CÈDULA DE NOTIFICACIÓ

D'acord amb el que es disposa en el procediment anterior, expedixo aquest escrit per notificar aquesta resolució en la forma legal a la persona que s'indica més avall.

Barcelona, 17 de novembre de 2015

LA LLETRADA DE L'ADM. DE JUSTÍCIA



NOTIFICACIÓ A:

Nereida Crespo Jiménez
C. Enric Granados 63, 2a 1a
08008 Barcelona (Barcelona)





JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 12
BARCELONA
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 259/14

Parte actora: [REDACTED]

Letrado: Nereida Crespo Jiménez

Parte demandada: GENERALITAT DE CATALUNYA

Letrado: Ana Estrella Villares Menchón

Objeto del juicio: resolución de 28 de marzo de 2014, de la Subdirectora General de Recursos Humanos, por autorización del Director General de la Policía del Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya, en la que se resuelve adscribir provisionalmente al actor a una plaza de técnico de apoyo, asignando las correspondientes retribuciones y horarios que tendrá que realizar.

SENTENCIA Nº 270/ 2015

En Barcelona, a 13 de noviembre de 2015

Magistrada: IRENE URBÓN REIG

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 2 de junio de 2014 se interpuso el presente recurso contencioso-administrativo que ha sido tramitado conforme a las disposiciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998, por las normas previstas para el procedimiento abreviado.



SEGUNDO.- La cuantía del presente recurso ha sido fijada en indeterminada.

TERCERO.- Habiéndose celebrado la vista, quedaron las actuaciones conclusas para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso. El acto impugnado en este recurso es la resolución de 28 de marzo de 2014, dictada por la Subdirectora General de Recursos Humanos, por autorización del Director General de la Policía del Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya, en la que se acuerda adscribir provisionalmente al actor a una plaza de técnico de apoyo, asignando las correspondientes retribuciones y horarios que tendrá que realizar. En el recurso se impugna también de forma indirecta el artículo 24 del Decreto 246/2008, de 16 de diciembre, de regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad en el cuerpo de Mossos d'Esquadra.

El actor, funcionario del cuerpo de Mossos d'Esquadra, fue declarado por resolución de 3 de mayo de 2013 en situación de incapacidad permanente total para sus funciones policiales, con efectos desde dicha fecha. En fecha 14 de junio de 2013 solicitó la ocupación de un puesto de trabajo no policial de apoyo técnico, de los reservados específicamente para el personal declarado en situación de incapacidad permanente total. Tras emitirse informe por la Unidad de Vigilancia de la Salud del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, se aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo, en la que se incluyó la creación de un puesto de trabajo no policial de técnico básico de apoyo. A continuación se solicitó al actor, en aplicación del artículo 24 del Decreto 246/2008, que acreditara la pensión que percibía del INSS, a fin de calcular las retribuciones que le corresponderían en el nuevo puesto, dictándose el 28 de marzo la resolución que es objeto de impugnación.



El artículo 24 del Decreto 246/2008, en la redacción que tenía cuando es aplicado por la resolución que se impugna, y que la actora impugna indirectamente, al considerarlo nulo, establecía que:

“24.1 El personal del cuerpo de mozos de escuadra que ha sido declarado en incapacidad permanente total y que ha ejercido la opción prevista en esta regulación tiene que percibir las retribuciones básicas correspondientes a su categoría en el cuerpo de mozos de escuadra y las de carácter personal que tenía reconocidas, además de las complementarias del puesto de trabajo no policial que se pase a ocupar.

24.2 Durante el tiempo en que las personas funcionarias del cuerpo de mozos de escuadra en situación de incapacidad permanente total ocupen puestos de trabajo de apoyo a ellas reservados y dado que estos puestos pueden tener asignadas unas remuneraciones que supongan una base de cotización inferior a la media de las bases de cotización anteriores a la declaración en situación de incapacidad permanente total, de acuerdo con lo que dispone la normativa vigente en materia de seguridad social, la persona funcionaria, la Generalidad de Cataluña y la Tesorería General de la Seguridad Social suscribirán un convenio especial o fórmula análoga en los términos normativamente establecidos con la finalidad de complementar las cotizaciones derivadas de las remuneraciones percibidas con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente total y poder tener derecho a unas pensiones equivalentes a las que hubieran resultado en caso de mantenerse en la ocupación de los correspondientes puestos policiales.

En este sentido, la cotización complementaria, que será pagada íntegramente por la Generalidad, tendrá que ser tal que, sumada a la que derive del puesto de trabajo de apoyo efectivamente ocupado, el resultado final no sea inferior a la cotización correspondiente al puesto de trabajo de la categoría y nivel del cuerpo de mozos de escuadra a la cual pertenezca la persona funcionaria afectada.

La suma de las retribuciones percibidas por la persona funcionaria declarada en situación de incapacidad permanente total correspondientes a la pensión de invalidez reconocida más las retribuciones del puesto de apoyo ocupado equivaldrá al 100% de las retribuciones fijas que venía



percibiendo antes de la declaración en incapacidad permanente. Con esta finalidad, si las retribuciones totales del nuevo puesto más la pensión son inferiores a las que percibía antes de la mencionada declaración, tendrá derecho a un complemento personal transitorio y absorbible hasta conseguir la diferencia. No obstante, si las retribuciones del nuevo puesto más la pensión fueran superiores se procederá a ajustar la duración de la jornada laboral, para que las retribuciones resultantes en conjunto coincidan con el 100 % de lo que venía percibiendo.”

La parte actora solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 a), al considerar que la misma lesiona derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 14 CE), también al amparo del artículo 62.1 c), y por no aplicar la Convención de la ONU sobre los derechos de personas con discapacidad, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y el Convenio de 20 de junio de 1983 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas. Considera que también es nula por haber prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido, por haber incurrido en discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad, al amparo del artículo 35 del Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre. Solicita que se declare el derecho del actor a que se le abonen las retribuciones correspondientes en su integridad para que cese la discriminación por razón de discapacidad y al pago de intereses legales sobre los mismos, y que se declare el derecho del actor a estar de alta de cotización en la Seguridad Social, y al pago de los atrasos. Solicita además que se declare la nulidad del artículo 24 del Decreto 246/2008.

La parte demandada se ha opuesto a la demanda alegando que la resolución recurrida supone la aplicación literal del Decreto 246/2008 de 16 de diciembre, que ya fue validado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 1 de febrero de 2012 (recurso 41/2009). Considera que al haber declarado el TSJC la legalidad del Decreto, esta cuestión no puede ser objeto de un nuevo proceso por ser ya cosa juzgada. Alega que la actuación administrativa impugnada es conforme a derecho, en cuanto que el Decreto 246/2008 concede a los funcionarios declarados en incapacidad permanente total una posibilidad, no prevista en la ley, de ser recolocados, en lugar de



declarar directamente su jubilación forzosa, no estando obligada la Administración por ninguna ley a conceder esta posibilidad. Entiende que el puesto no policial de técnico básico de apoyo, que se asigna al recurrente, no se puede equiparar ni legal ni jurisprudencialmente a la segunda actividad, que está prevista para funcionarios no declarados incapacitados para el desarrollo de sus funciones profesionales. Considera que no se existe la discriminación alegada, pues los términos de comparación invocados no son válidos, por no tratarse de situaciones equiparables. Concluye afirmando que no puede prosperar la reclamación de las retribuciones efectuada, por no haberse prestado los servicios que darían derecho a las mismas.

SEGUNDO.- Sobre la alegación de cosa juzgada. La sentencia del TSJC de 1 de febrero de 2012 (recurso 41/2009), que se aporta por la demandada, es una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por la Asociación para la Integración Laboral de Mossos d'Esquadra con Discapacidades, a través del cual se impugnaba de forma directa el Decreto 246/2008. Según el artículo 26 de la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la desestimación del recurso directo contra un reglamento no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad del propio reglamento. Por tanto, la ley admite que, aunque se desestime el recurso directo, prospere el indirecto e incluso se llegue a una declaración formal de la nulidad de alguno de los preceptos antes impugnados sin éxito. Por tanto, la sentencia desestimatoria del recurso directo no tiene efectos de cosa juzgada. Por otro lado, la parte demandada no ha acreditado que los argumentos invocados en este recurso fueran ya utilizados al tiempo de la impugnación directa del decreto, pues la sentencia del TSJ no los analiza y no se ha aportado copia de los folios de la demanda en los que supuestamente se esgrimen los mismos argumentos que en este recurso, según se afirme en la contestación a la demanda.

TERCERO. Sobre la nulidad de la resolución por lesionar el derecho constitucional previsto en el artículo 14 de la Constitución. La parte actora solicita en primer término que se declare la nulidad de la resolución recurrida al amparo del artículo 62 1 a) de la Ley 30/1992, por haber lesionado la resolución el derecho fundamental a la igualdad y



no discriminación previsto en el artículo 14 CE.

En el presente caso, el actor alega discriminación por razón de discapacidad, en concreto, por el hecho de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total, considerando que este hecho no justifica la diferencia de trato en cuanto a jornada laboral y retribuciones en relación con otros funcionarios de otros cuerpos, ni tampoco en relación con agentes de Mossos d'Esquadra operativos, diferencia de trato que el decreto 246/2008 establece en su artículo 24.

El Decreto 246/2008, según su artículo 1, tiene por objeto la regulación del pase de las personas funcionarias del cuerpo de mozos de escuadra a la situación administrativa especial de segunda actividad por razón de la edad, o por disminución de las condiciones físicas o psíquicas. En el artículo 2 se establece que el decreto será de aplicación a aquellos funcionarios de las escalas básica, intermedia, ejecutiva y superior que lleguen a la edad de 57 años y a los que tengan una disminución previsiblemente permanente de sus aptitudes físicas o psíquicas en un grado que dificulte el ejercicio normal de sus funciones profesionales, y establece una diferente regulación según si la disminución presenta un grado que no impida el ejercicio de sus funciones profesionales (capítulo 4) , o si la la disminución conlleva la incapacidad permanente total (capítulo 5)

El Decreto 246/2008, establecía una diferencia entre unos y otros funcionarios, pues únicamente en relación a estos últimos, en el artículo 24, último párrafo (hoy derogado), establecía que “la suma de las retribuciones percibidas por la persona funcionaria declarada en situación de incapacidad permanente total correspondientes a la pensión de invalidez reconocida más las retribuciones del puesto de apoyo ocupado equivaldrá al 100% de las retribuciones fijas que venía percibiendo antes de la declaración en incapacidad permanente. Con esta finalidad, si las retribuciones totales del nuevo puesto más la pensión son inferiores a las que percibía antes de la mencionada declaración, tendrá derecho a un complemento personal transitorio y absorbible hasta conseguir la diferencia. No obstante, si las retribuciones del nuevo puesto más la pensión fueran superiores se procederá a ajustar la duración de la jornada laboral, para que las retribuciones resultantes en conjunto coincidan con el 100 % de lo que venía percibiendo”.



Para juzgar si esta situación determina “per se” una discriminación, debe de tenerse en consideración la doctrina constitucional que interpreta el artículo 14 CE. Como señala la STC, sección 1 del 15 de diciembre de 2011 (recurso 6726/2009) “hemos señalado reiteradamente desde la STC 22/1981, de 2 de julio , recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad , en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 , y 88/2005, de 18 de abril , FJ 5, por todas).

Lo propio del juicio de igualdad , ha dicho este Tribunal, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas " (STC 181/2000, de 29 de junio , FJ 10) y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 y 1/2001, de 15 de enero , FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma" (STC



200/2001, de 4 de octubre , FJ 5).

En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio , el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero , FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo , FJ 2).

En el decreto 246/2008 se establece una diferencia de trato entre el grupo de funcionarios del cuerpo de Mossos d'Esquadra declarados en situación de incapacidad permanente total y el resto de funcionarios de este cuerpo, en cuanto que a los primeros se les limita el número de horas que pueden trabajar. Esta limitación en el número de horas no viene sin embargo motivada por razones médicas, esto es, por las limitaciones derivadas de la lesión o enfermedad origen de la declaración de incapacidad, sino que viene determinada por el hecho de que estas personas cobran una pensión por incapacidad, según se desprende del precepto impugnado.

Como señala el informe de la Inspección de Trabajo, aportado por la actora, la sentencia del Tribunal Supremo 1849/2008 de 30 de enero (recurso 480/2007) ya estableció que un trabajador por cuenta ajena que cause incapacidad permanente total puede compatibilizar esta situación con un trabajo por cuenta ajena o propia diferente a su profesión habitual, sin establecer ninguna restricción a las condiciones labores y retributivas en este nuevo trabajo. Aún cuando en el citado asunto era el



INSS el que pretendía suspender el pago de la pensión, se trata de un supuesto análogo al de autos, pues en definitiva, lo que concluye la sentencia es que no hay razón que impida que un trabajador pueda cobrar íntegramente su sueldo (en un trabajo compatible con su incapacidad declarada) y su pensión, aún cuando ello suponga que perciba más ingresos que los que tenía antes de ser declarado incapaz, como defiende el autor en el caso de autos.

En el caso de autos, el decreto establece una diferencia de trato para los funcionarios declarados en situación de incapacidad permanente total, en relación con el resto de funcionarios del mismo cuerpo, al limitar la jornada laboral del primer colectivo, por un motivo que no justifica este trato diferenciador, pues si este colectivo tiene plena capacidad para trabajar en un puesto de trabajo distinto al que desempeñaba anteriormente, el hecho de que sus miembros perciban una pensión no es un hecho que justifique la limitación de su jornada laboral, debiendo reconocérseles el mismo derecho que al resto de funcionarios del cuerpo a trabajar la jornada laboral íntegra, pues no hay motivo razonable que justifique el trato diferenciador. Esta diferencia de trato también puede apreciarse en relación con otros colectivos que se encuentran en la misma situación que el colectivo del actor, como los bomberos declarados en incapacidad permanente total, o los funcionarios del cuerpo de Mossos d'Esquadra declarados en situación de incapacidad permanente total que acceden al cuerpo por medio de oposición libre, a quienes no se les limitan las retribuciones ni la jornada laboral, como ha puesto de manifiesto la actora.

Y como justificación no es válida la invocada por la demandada de que podía haberse optado por declarar directamente la jubilación de los funcionarios declarados en situación de incapacidad permanente total. El artículo 49 de la Constitución establece que los poderes públicos deben realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. En aplicación de este principio rector, y de la abundante normativa internacional sobre la materia, la Generalitat de Catalunya publicó un decreto que prevé la posibilidad de que funcionarios declarados en situación de incapacidad permanente total



puedan seguir prestando servicios para la misma Administración en la que trabajaban. Lo que no es admisible es que en esta regulación se establezca una diferencia de trato no justificada entre colectivos de funcionarios por razón de una discapacidad declarada.

Por todo lo expuesto, se considera que el último párrafo del artículo 24 del Decreto 246/2008, hoy derogado, es contrario al derecho constitucional previsto en el artículo 14 de la Constitución, por lo que procede declarar la nulidad de la resolución impugnada, en la parte que aplica este precepto. Dado que este decreto se aparta de las disposiciones legales que desarrolla, el Juez está facultado para dejar de aplicarlo, sin necesidad de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

En cuanto a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad, el actor tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras que le hubiesen correspondido de no haberse aplicado el párrafo tercero del decreto. Dado que, de no haberse aplicado este párrafo, al actor se le hubiera permitido trabajar la jornada íntegra, cobrando las retribuciones correspondientes sin limitación determinada por el cobro de una pensión, deberá cobrar ahora las retribuciones que le hubieran correspondido si hubiera trabajado la jornada íntegra, con los intereses legales, pues es necesario restablecer los derechos del recurrente que se entiende han sido vulnerados con la resolución impugnada.

Por último, a pesar de que en la demanda se solicita la declaración de nulidad del artículo 24 del Decreto, este Juzgador no es competente para declararla, sin perjuicio de que, si la sentencia deviene firme por no ser recurrida por ninguna de las partes, proceda el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

CUARTO. Costas. En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dado que no se ha estimado íntegramente el petitum de la actora, y siendo además la cuestión que se somete a consideración susceptible de distintas interpretaciones jurídicas, no procede condena en costas a la demandada.



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar en lo esencial el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal contra la resolución citada en el encabezamiento de esta resolución, anulando la resolución recurrida en la parte que aplica el último párrafo del artículo 24 del Decreto 246/2008, de 16 de diciembre, de regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad en el cuerpo de Mossos d'Esquadra, hoy derogado, declarando el derecho del recurrente a que le sean reconocidos los derechos económicos que le corresponderían de no haberse aplicado el último párrafo del artículo 24 del Decreto 246/2008, de 16 de diciembre, con los correspondientes intereses legales. Todo ello sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso ordinario de apelación, al amparo del artículos 81.1.a) y 81.2.d) de la Ley 29/1998, de esta jurisdicción, por razón de la cuantía y por resolverse impugnación indirecta de disposición general, a interponer a través de este Juzgado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en plazo legal máximo de quince días hábiles a contar desde el siguiente al de recepción de la notificación de esta resolución mediante escrito razonado que debe contener las alegaciones en las que se fundamente el recurso.

Una vez firme, comuníquese esta sentencia en el plazo de diez días al órgano que realizó la actividad objeto del recurso para que por el mismo:

1. Se acuse recibo de la comunicación en idéntico plazo de diez días desde su recepción indicando el órgano responsable del cumplimiento



de la sentencia.

2. Se lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo.

Y, por último, una vez firme esta resolución queden pendientes las actuaciones de dictar la resolución interlocutoria correspondiente para el planteamiento ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se estima el órgano judicial competente al efecto (ex artículos 8.1 y 10.1.b) de la Ley reguladora de esta jurisdicción) de la cuestión de ilegalidad prevista en los artículos 27.1 y 123 y siguientes de la misma Ley Jurisdiccional respecto al decreto que diera cobertura normativa a la resolución anulada por esta resolución judicial.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.



DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado y hago saber que el plazo para la interposición del recurso de apelación que cabe contra esta sentencia es de quince días, a contar a partir del siguiente a su notificación, y previa constitución en la cuenta de Consignaciones de este Juzgado en la Oficina Principal del BANCO de SANTANDER cta. cte. núm. 0911-0000-85-025914, del depósito de 50 euros que prevé la Disposición Adicional 15ª.3. de la LOPJ 6/1985, introducida por la Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que la modifica.

En el caso que esta consignación se haga por transferencia o per vía telemática, el núm. de cuenta es el siguiente: 0030-2001-50-1111111111. En este caso, se ha de indicar que el beneficiario de la transferencia es el JCA 12 de Barcelona y como concepto de la transferencia, se ha de hacer referencia a la cuenta antes indicada, es decir la: 0911-0000-85-025914. En ambos casos se habrá de indicar también en el campo concepto el código y el tipo de recurso: 22 -contencioso-apelación.

Están exentos de constituir este depósito el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, les entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos, y quien acredite que tiene reconocido o está tramitando el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

Además, las personas físicas, que no estén exentas, y las personas jurídicas, deberán de justificar que han liquidado la correspondiente tasa judicial estatal del modelo 696. Doy fe.