

**Sentencia de 21 de Mayo de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla y León (Burgos), rec.56/2009**

**SENTENCIA**

En la Ciudad de Burgos a veintiuno de mayo de dos mil diez.

En el recurso contencioso administrativo número 56/09 interpuesto por Doña Susana , quien comparece en su propio nombre y derecho en su condición de funcionaria, contra la resolución del Director General de Relaciones con Administración de Justicia, de 19 de noviembre de 2008, por la que se desestiman, previa acumulación, los recursos de reposición identificados como R- 2083/08, R- 2084/08, R- 4432/08 y R- 7289/08 interpuestos contra las resoluciones por las que se acordaba practicar a la recurrente deducciones de haberes por la participación en las huelgas convocadas por las centrales sindicales; habiendo comparecido como parte demandada la Administración General del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado en virtud de la representación que por ley ostenta.

**ANTECEDENTES**

PRIMERO - Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta *Sala* el día 6 de febrero de 2009.

Admitido a trámite el recurso y no habiéndose solicitado el anuncio de la interposición del recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 29 de abril de 2009 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que "...se anulen los actos impugnados y se proceda a reembolsar la cantidad íntegra deducida de los haberes del mes de marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008, por resultar nula la deducción por la indefensión generada y la ausencia del procedimiento legalmente establecido; o subsidiariamente se proceda a reembolsar las cantidades indebidamente deducidas y reseñadas en el cuerpo de este escrito; todo ello con los intereses legales correspondientes."

SEGUNDO - Se confirió traslado de la demanda por termino legal a la parte demandada quien contestó a la demanda a medio de escrito de 11 de junio de 2009 oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo basándose en los fundamentos jurídicos que aduce.

TERCERO - Una vez dictado Auto de fijación de cuantía, y no habiéndose recibido el recurso a prueba, ni solicitado la celebración de vista, ni presentación de conclusiones escritas, quedaron los autos conclusos para sentencia, y no pudiéndose dictar ésta en el plazo de diez días previsto en el art. 67.1 de la Ley

29/98, al existir recursos pendientes de señalamiento para Votación y Fallo con preferencia, y puesto que elart. 64.3 de la misma Ley, establece que tal señalamiento se ajustará al orden expresado en el apartado 1 del artículo anterior y existiendo en la Sala recursos conclusos de fecha anterior, y por tanto con preferencia para efectuar su señalamiento al de este recurso, quedaron los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día 20 de mayo de 2010 para votación y fallo, lo que se efectuó. Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

## **FUNDAMENTOS**

PRIMERO- Constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional la resolución del Director General de Relaciones con Administración de Justicia, de 19 de noviembre de 2008, por la que se desestiman, previa acumulación, los recursos de reposición identificados como R- 2083/08, R- 2084/08, R- 4432/08 y R- 7289/08 interpuestos contra las resoluciones por las que se acordaba practicar a la recurrente deducciones de haberes por la participación en las huelgas convocadas por las centrales sindicales.

Sostiene la recurrente que se ha infringido el procedimiento por cuanto se le han descontado determinadas cantidades durante los días en los que estuvo de huelga, sin haberle dado audiencia y, por lo tanto, con infracción del procedimiento legalmente establecido; y, en segundo lugar, de manera subsidiaria, argumenta, partiendo de las previsiones delart. 30.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, que solo procedería la deducción de las retribuciones correspondientes al tiempo en que ha permanecido en esa situación de huelga, esto es, durante seis horas diarias (desde las 8,30 a las 14,30 horas), no abarcando la totalidad de la jornada ordinaria que es de siete horas y media, por lo que solo sería procedente un descuento de seis horas, afirmándose que se ha cumplido con la parte del horario flexible.

El Sr. Abogado del Estado por su parte se opone a las pretensiones de la recurrente sosteniendo en primer lugar la existencia de desviación procesal, ya que en el suplico de la demanda se reclaman cantidades que no se corresponden con las que fueron reclamadas en vía administrativa, a la vez que el respeto al principio de congruencia con lo solicitado impide estimar pretensiones respecto de meses no incluidos en el suplico de la demanda.

Ya en cuanto al fondo recuerda la imperatividad de la norma sobre los descuentos derivados de la participación en una huelga, tratándose de descuentos ope legis, lo que exime de la obligación de tramitar un expediente previo y de conceder audiencia previa, resultando acreditada la procedencia de los descuentos por la totalidad de la jornada por ser lo que resulta de los registros del control de horarios, sin que la recurrente acredite el cumplimiento del horario.

SEGUNDO.- Según se ha expuesto, por parte de la Administración demandada se opone la existencia de desviación procesal por cuanto en el suplico de la demanda se interesa el reembolso de la cantidad íntegra deducida de los haberes del mes de marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008, mientras que en vía administrativa, la deducción de haberes se refería a los días de huelga correspondiente a los meses de febrero, marzo y abril de 2008; y, también se invoca el principio de congruencia, con base en elartículo 33.1 de la Ley de

*la Jurisdicción*, ya que los días de febrero - a los que se refieren la mayor parte de las cantidades deducidas- no son objeto de reclamación en la demanda.

Tales objeciones afectan no a la pretensión de nulidad del acto impugnado, sino a la extensión con la que debe de reconocerse la situación jurídica individualizada, por lo que nos parece más adecuado proceder a su análisis solo en el caso de que se estime la petición de nulidad de la resolución recurrida.

Dicho lo anterior, y entrando a analizar las cuestiones planteadas, no existe duda de que la recurrente participó en la convocatoria de huelga que llevaron a cabo las centrales sindicales en el ámbito de la Administración de Justicia a partir del cuatro de febrero de 2008, cumpliendo con los servicios mínimos.

Dicha convocatoria abarcaba con carácter indefinido de lunes a viernes excepto festivos nacionales, de Comunidad Autónoma o locales desde las 8,30 horas hasta las 14,30 horas.

La Administración en las resoluciones originarias recurridas parte de que según las comunicaciones remitidas a la Dirección General, que no constan acreditadas, ni obran en el expediente, la recurrente se encuentra entre los funcionarios que han dejado de prestar servicios los días que indica como consecuencia de su participación en la huelga convocada por las centrales sindicales.

En dichas resoluciones se acuerda la deducción de retribuciones, con excepción de las prestaciones sociales, en proporción al horario no trabajado.

La Administración ha deducido la totalidad de la jornada de trabajo, siete horas y media, de cada uno de los días que la recurrente no prestó servicio, pese a que la convocatoria de huelga se refería solo a seis horas diarias.

No existe prueba alguna que acredite que la recurrente no trabajase fuera del horario que abarcaba la convocatoria de la huelga como consecuencia de ejercer este derecho.

TERCERO.- Con estas premisas y teniendo en cuenta que la resolución recurrida parte para justificar las deducciones del ejercicio del derecho de huelga en las condiciones legalmente previstas que reconoce el *art. 496.d) de la LOPJ*, se ha de tener en cuenta que efectivamente, el ejercicio de ese derecho, de acuerdo con las previsiones del *art. 30.2 de la LEBEP conlleva que 2*. Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectuó tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

Precepto que reproduce las previsiones de la *Disposición Adicional Decimosegunda de la Ley 30/1.984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública* que estableció que "los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción proporcional de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ...".

Lo que es manifestación de la doctrina jurisprudencial consagrada en la *sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Junio de 1.987*, según la que, la legitimidad del descuento de haberes por la cesación en el trabajo se deriva de la situación de suspensión en la relación de empleo en la que se sitúa el funcionario en huelga. La participación en huelga supone una completa suspensión de la relación laboral, en este caso funcional, que comprende tanto la cesación del deber de trabajar como la del paralelo devengo retributivo. Consiguientemente es connatural al ejercicio de ese derecho fundamental el que no se adquiera derecho a retribución durante el período en que se ejercita.

La deducción de haberes, que no tiene en ningún caso carácter sancionador, es consecuencia de la suspensión de la relación de empleo (en este sentido *Sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 17 de Diciembre de 1.991*) y no requiere de procedimiento alguno, en definitiva, se origina "ope legis" como consecuencia de la suspensión de la relación funcional y es obligado el practicarla para la Administración al así preceptuarlo una norma imperativa ("no devengarán ni percibirán" señalan los preceptos de referencia).

La deducción de que se viene haciendo mérito, es la respuesta obligada a la aplicación de la normativa que rige las retribuciones de los funcionarios públicos, siendo la nómina el acto administrativo concreto de plasmación de la misma en la cual se recogen la suma de las cantidades devengadas por sueldo, antigüedad y complementos, y se restan las deducciones que procedan entre las que es necesario incluir, entre otras posibles y según lo expuesto, las deducciones por el trabajo no realizado, que se computan y tienen reflejo mensual, como un componente más y por el mismo procedimiento que sigue la aprobación de la nómina, lo que hace innecesario trámite de audiencia previa alguno.

En otras palabras, es suficiente con que en una nómina se practique la deducción correspondiente, siendo innecesaria la tramitación de expediente previo alguno en el que recaiga una resolución que decida y motive la procedencia de practicar la oportuna liquidación. Debe señalarse, en cualquier caso, que configurada la expresada deducción de haberes como una obligación a favor de la Hacienda Pública, la misma puede hacerse efectiva dentro del plazo de prescripción que al efecto se establece en el *artículo 25 de la Ley 47/2.003, de 26 de noviembre*, por la que se aprueba la Ley General Presupuestaria.

Todo lo cual nos lleva a la desestimación de la pretensión que de manera principal ha deducido la parte actora.

CUARTO.- En el presente caso, la Administración ha ejercido la potestad que legalmente le ha sido conferida, con arreglo a lo expuesto, en relación al personal que presta sus servicios en la Administración de Justicia, lo que se ha plasmado en el acto impugnado.

Este, como todos los demás, debe de reunir una serie de requisitos y debe de responder a una causa que se constituye en la razón de ser del acto, esto es, lo que hace que el mismo se dicte y tenga un determinado contenido.

Dejando a un lado, las muy abundantes disquisiciones doctrinales sobre esta cuestión, esa causa debe de corresponderse con un presupuesto fáctico, sin el cual el acto no tiene sentido.

Este hecho puede tener las plasmaciones más diversas e, incluir, aspectos que exijan valoraciones jurídicas que, en primer término, deberá de apreciar la Administración, pero la existencia del mismo, constituye siempre un elemento reglado del acto en el sentido de que concurre o no; y funciona, en última instancia, como presupuesto para que el acto administrativo sea aplicación de la norma, esto es, plasme y declare en el mismo aquella consecuencia que la norma de aplicación liga y conecta a ese presupuesto.

Conviene, además, recordar que es precisamente, el control de estos hechos determinantes, una de las técnicas creadas para la verificación por parte de los Tribunales de que la actuación de la Administración se ajusta a derecho, tanto si ejerce potestades discrecionales como regladas, lo que se deja enunciado para ilustrar y recordar la trascendencia del elemento del que estamos hablando.

Si esto es así, con carácter general, con mayor razón debe de ser en un supuesto como en el que nos ocupa donde el presupuesto de hecho del que parte la Administración es absolutamente reglado, desprovisto de cualquier elemento valorativo, y consiste, según el acto impugnado, en que la parte actora no ha prestado los servicios a los que venía obligada durante un determinado tiempo por haber ejercido su derecho de huelga, y donde, además, ese acto si bien no tiene naturaleza sancionadora, conforme se ha expuesto, es claramente limitativo de derechos, lo que exige que la Administración cuente con los datos necesarios que justifiquen su actuación.

QUINTO.- La controversia suscitada se plantea entre la alegación de la parte actora en el sentido de que ha cumplido la parte flexible del horario, de modo que, a su juicio, no procedería el descuento por la hora y media que a mayores practica la Administración, mientras que ésta sostiene que, pese a que dicha parte hace tal afirmación, sin embargo no aporta prueba alguna que permita tenerlo por cierto y, en consecuencia, no resultan desvirtuados los registros de control horario que obran en su poder, de donde resulta que el tiempo en el que la actora estuvo ejerciendo su derecho de huelga es de siete horas y media.

Por lo tanto, la deducción de haberes viene justificada para la Administración por la suma de dos factores, a saber, que la parte actora dejó de cumplir con el horario legalmente exigible durante las jornadas de huelga y, en segundo lugar, que ello fue consecuencia del ejercicio de este derecho.

El análisis de esta cuestión exige tener presente, en primer lugar, la normativa que es de aplicación.

Así, debemos de partir de los artículos 8 y 9 del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 9 de Septiembre de 1.987, de cuya lectura resulta que el control del cumplimiento de la jornada de trabajo y horario aplicable en cada Secretaría y Oficina Judicial incumbe al Secretario Judicial, a tal efecto "las Oficinas Judiciales deberán hallarse dotadas de los medios adecuados para el control horario de trabajo del personal que presta servicio en las mismas, basados en mecanismos de reloj registrador de ficha o cualquier otro similar ... Hasta tanto se implante de modo efectivo el control por sistema mecánico, así como en los casos de interrupción en el funcionamiento de tales mecanismos de control, éste se llevará a cabo mediante la utilización de "parte de firmas", que habrán de cumplimentar todos los funcionarios de las Secretarías y Oficinas Judiciales ...".

Igualmente, debemos de considerar la Resolución de 14 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se aprueba el calendario laboral para el personal de la Administración de Justicia, radicado en el ámbito gestionado por el Ministerio de Justicia donde se diferencia dentro de la jornada de trabajo entre una parte principal de horario y una parte variable o de flexibilidad, pudiéndose cumplir ésta última "de lunes a jueves, entre las siete treinta y las nueve horas y entre las quince y las dieciocho horas, los viernes entre las siete treinta y las nueve horas y entre las quince y diecisiete horas y los sábados entre las nueve y las catorce horas"; disponiendo, el apartado décimo, relativo al control de cumplimiento de horarios que "Las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia, con la colaboración de los responsables de los centros de destino, unidades y servicios de la Administración de Justicia, velarán en su ámbito de competencia, por el cumplimiento de las jornadas y horarios de trabajo establecidos en la presente Resolución, mediante el sistema de control que se establezca, así como de los criterios dictados por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, proponiendo o adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones."

De todo ello resulta, a los efectos que aquí nos interesan que, en primer lugar, existen diversos mecanismos para el control de los horarios que deben de haber sido puestos en marcha por la Administración.

En segundo lugar, dado que la parte variable del horario, conforme al apartado segundo 2.b) de la Resolución de 14 de septiembre de 2005, admite diversas formas de cumplimiento, corresponde al funcionario especificar este, según el sistema de control establecido por la Administración de entre todos los posibles

Y, en tercer lugar, hay que destacar también que la destinataria última de tales sistemas de control de los que resulta el cumplimiento o incumplimiento de la parte principal del horario y de la parte variable es la propia Administración, refiriéndose a ello de manera específica, el apartado noveno de la citada Resolución de 14 de septiembre, donde después de referirse a las ausencias justificadas y como deben de justificarse, concluye en el apartado c) diciendo que "c) Las ausencias y faltas de puntualidad y permanencia, que no queden debidamente justificadas, darán lugar a la deducción proporcional de haberes, de acuerdo con lo regulado en el artículo 500.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y calculado en la forma establecida en el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, modificada por el artículo 102.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, previa notificación al afectado y comunicación a las Subdirecciones de Medios Personales y Recursos Económicos de la Administración de Justicia".

Por lo tanto, deben de obrar en poder de la Administración los registros horarios, los partes de firmas o el sistema correspondiente que acredite el cumplimiento del horario por parte del funcionario (en su parte principal o variable) y de donde resulte, en sentido inverso, que el mismo no se ha cumplido.

SEXTO.- En el acto administrativo impugnado se dice que según los registros que obran en poder de la Administración, la parte actora no prestó servicio durante las horas en las que se ha efectuado el descuento

La obtención de ese hecho debe de ser fruto del control de

horarios al que nos hemos referido en el Fundamento anterior.

Sin embargo, examinado todo el expediente administrativo, observamos que no hay rastro de esos registros a los que se refiere la Administración, pese a que deberían de existir dado que, como se ha dicho, es el presupuesto o causa del acto y el elemento en el que se pretende fundar la decisión combatida.

Tampoco se argumenta en el acto que cabe deducir la ausencia del funcionario en la medida en que no se han cumplimentado por este los partes de firmas o que según los correspondientes registros horarios no consta su presencia durante determinado periodo de tiempo.

Obviamente la falta de dicha prueba y argumento no puede entenderse suplida por la mera afirmación de que tales registros obran en poder de la Administración, si no se aportan estos, ni se llega a certificar su contenido por el funcionario con competencia para ello, ya sea en sentido afirmativo, como dice el acto, o en sentido negativo (esto es, que no consta la presencia del funcionario ).

Por otro lado, dadas la formas a través de las que se materializa el control del cumplimiento del horario por parte de los funcionarios, es evidente que la prueba de ellos debe de encontrarse en poder de la Administración pues en última instancia, como se ha dicho, es la destinataria del sistema de control para poder ejercer en su caso la potestad que legalmente le corresponde en materia de personal y ello tanto en lo que se refiere a la parte principal como variable, puesto que una cosa es que el funcionario decida como cumple éste, y otra distinta como se acredita su cumplimiento, lo que hace que sea más incomprensible su ausencia en el acto y en el expediente administrativo.

Pero es que, además, se da la circunstancia de que la afirmación contenida en el acto impugnado es absolutamente genérica puesto que, como hemos visto, son distintos los mecanismos de control de horarios que contempla la norma, no especificándose a cual de ellos se refiere áquel, y siendo, por otro lado, un hecho notorio que los mismos no se han implantado en todos los órganos judiciales.

Por lo tanto, no solo es que no haya constancia de los registros a los que se refiere la Administración, sino que además, tampoco hay elementos de juicio, distintos de esos registros, que nos permitan dar por acreditado el hecho determinante de la potestad ejercida y que da lugar al acto impugnado.

SEPTIMO.- Por otro lado, el descuento de haberes correspondiente al tiempo no trabajado puede venir justificado por el ejercicio del derecho de huelga, que es lo que legitima la deducción por las seis horas a las que la misma se refería y que, desde el punto de vista sustantivo, no se cuestiona por la demandante, pero también puede venir dada por otros motivos, como es el incumplimiento del horario por un motivo distinto del ejercicio del citado derecho constitucional y no justificado.

A ello se refiere el artículo 500.6 de la LOPJ, al que se remite el apartado Noveno de la ya mencionada Resolución de 14 de septiembre de 2005, a cuyo

tenor "El incumplimiento de la jornada dará lugar al descuento automático de las retribuciones correspondientes al tiempo no trabajado, calculado en la forma establecida por la normativa de aplicación. ....

En el presente caso, la Administración, sin embargo, afirma como hecho determinante, que durante la hora media por la que se ha procedido a hacer el descuento, la actora estaba de huelga.

Ahora bien, tampoco consta cuales son los elementos de juicio en los que se ha basado la Administración, no ya para afirmar que durante determinadas horas no se ha trabajado, sino, además, que ello ha sido por el ejercicio del indicado derecho de huelga.

Al contrario, cabe suponer la proposición contraria y ello en la medida en que el anuncio de huelga se hizo para llevarse a cabo desde las 8:30 horas a 14:30 horas por lo que no cabe presuponer que el mismo ha sido incumplido.

Por otro lado, consta que por los Sres. Secretarios de los distintos órganos judiciales se enviaron partes donde se hacía constar quienes habían ejercido el derecho de huelga, certificándose por ellos que los no firmantes del estadillo facilitado y que no han justificado su ausencia, han participado en la huelga, de modo que si los mismos sirvieron para proceder al descuento correspondiente a las horas indicadas (8:30 a 14:30) y en relación a quienes no firmaron ni justificaron su ausencia, es evidente que a partir de tal documento, hay que concluir que fuera de ese horario no hubo huelga y que si no se prestó el servicio fue por otro motivo distinto.

OCTAVO.- En efecto, lo que está fuera de toda duda es que el horario de trabajo se puede cumplir o no y ello tanto en el ejercicio del derecho de huelga o por otros motivos, de modo que la Administración puede llegar a tener conocimiento por medio de una prueba directa o indirecta -hábil, como se sabe para desvirtuar la presunción de inocencia- de que la parte actora durante los días en los que se convocaron las jornadas de huelga, no cumplió con su horario de trabajo, ya sea en su parte principal o en la flexible o en ambas; y de ser así, lo que procede es deducir la parte correspondiente de haberes, conforme ya se ha expuesto, y en su caso incoar un expediente disciplinario.

Pero lo que no le es dable a la Administración es deducir que se ha ejercido el derecho de huelga más allá de las horas para la que fue anunciada, a partir del hecho de que no se ha cumplido en su totalidad el horario de trabajo.

La trascendencia de esta consideración no es baladí y no solo porque no se pueden mezclar dos cuestiones diversas, como es el incumplimiento de horario por el ejercicio del derecho a la huelga con el incumplimiento del horario por causas no justificadas, sino, además, porque el régimen jurídico es distinto, como también lo son sus consecuencias.

Debemos de llamar la atención en este punto en el sentido de que la propia Administración, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, ha dictado la normativa correspondiente al control de horarios, siendo su responsabilidad la ejecución de la misma y su puesta en práctica para poder así deducir las

precedentes consecuencias, de resultar acreditado el incumplimiento de horario por parte del funcionario ; y, de la misma manera puede y debe establecer los necesarios mecanismos de control, más allá del horario, para verificar si el derecho de huelga se ejerce conforme al anuncio del mismo y en los términos constitucionalmente admisibles -lo que exige el cumplimiento de las condiciones en las que ha sido convocada.

Pero, no obstante todo esto, no puede admitirse en términos estrictamente jurídicos, la decisión de deducir parte de los haberes a partir de la afirmación de que se ha ejercido el derecho de huelga durante siete horas media, en lugar de las seis horas para las que fue anunciada, cuando no hay constancia de ello en el expediente administrativo y tampoco consta la puesta en práctica de los mecanismos de control que incumben a la Administración y a los que acabamos de referirnos.

En consecuencia, y a modo de resumen, ni en el acto administrativo, ni en el expediente consta la existencia y certeza del hecho determinante del acto impugnado, lo que nos impide afirmar su validez jurídica.

NOVENO.- El acto administrativo disfruta de una serie de prerrogativas que están al servicio de la eficacia que se pretende de la actuación administrativa y entre ellas destaca su ejecutividad lo que determina que el particular que no está de acuerdo con el mismo debe de impugnarlo para que sean los Tribunales quienes controlen y decidan sobre su legalidad.

Ello responde a la presunción de que ese acto es válido y eficaz, lo que se traduce en que se considere que el mismo reúne todos los elementos necesarios para ello y que la decisión en él contenida es conforme a derecho.

La carga del administrado de recurrir un acto administrativo con el que no está de acuerdo y la judicialización de su control determina que entren en juego las normas sobre la carga de la prueba.

A este respecto, las argumentaciones que se hacen en el escrito de contestación a la demanda en el sentido de que es la parte actora quien debe de acreditar que prestó el servicio durante la parte flexible del horario no son correctas.

Lo serían, si se pudiese tener por acreditada la afirmación contenida en el acto administrativo impugnado consistente en que conforme a los registros horarios resulta que el interesado no prestó servicio durante las siete horas y media por estar en huelga.

En este caso, correspondería a la parte actora, sin duda, probar lo contrario y por lo tanto desvirtuar esos registros.

Pero no constando estos, no sabiendo a qué se refiere la Administración en concreto y siendo notorio que no se han establecido sistemas de control horario, la carga de la prueba no puede operar en el sentido que propone la Administración.

En todo caso, tampoco podemos olvidar el contenido del artículo 217.7 de la LECv, que dispone que "7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Y, ya hemos dicho que el establecimiento de los sistemas de control horario y del cumplimiento de las condiciones de la huelga, corresponde a la Administración y que es ella la destinataria de los mismos, de modo y manera que es a ella a quien se le da cuenta del resultado de ese control y, por lo tanto, quien tiene en su poder los registros horarios o el parte de firmas o el sistema que sea.

De hecho, y en relación a esta polémica, relativa a quien tiene la carga procesal de probar este hecho, hay que decir que el propio acto administrativo lo resuelve puesto que afirma que está en su poder, pese a lo cual no lo aporta, ni en el expediente, ni en este recurso.

Por lo tanto, nos encontramos con una actuación limitativa de derechos retributivos sin prueba que la ampare por lo que no se puede compartir lo manifestado por la resolución recurrida de que corresponde al funcionario acreditar que cumplió el horario, cuando resulta que es la Administración la que ha efectuado la detracción de haberes, y es la que por tanto ha de justificar el porqué de la misma, máxime cuando así lo afirma.

De ahí que proceda estimar el recurso con la consecuencia de anular las mismas por ser contrarias a derecho

DECIMO.- La declaración de nulidad de los actos recurridos nos coloca en la posición de entrar a conocer de la pretensión también deducida de reconocimiento de situación jurídica individualizada, lo que implica el análisis de las objeciones que al respecto formula el Sr. Abogado del Estado a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Con carácter general hay que recordar que la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa nos impide reconocer una situación distinta de la que se interesó que se reconociese en la previa vía administrativa, puesto que de hacerlo, se incurriría en una desviación procesal, que está prohibida.

Por lo mismo, pero desde un punto de vista contrario, en la medida en que se pide la nulidad de una resolución se interesa el reconocimiento de la situación jurídica individualizada a la que la misma se refiere, lo que debe de ser tenido en cuenta a la hora de analizar el principio de congruencia que se invoca en la contestación a la demanda.

Y, finalmente, debemos de tener presente que la nulidad de la resolución recurrida que resulta declarada de la fundamentación anterior, se refiere a la hora y media, más allá de la franja horaria durante la que fue convocada la huelga, por la que se ha procedido a efectuar los descuentos, de modo y manera que las deducciones por las horas no trabajadas como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, que en algún caso fue de días completos, si ésta era la convocatoria, son plenamente conformes a derecho, tanto en lo que hace al procedimiento seguido para

ello como en cuanto al descuento en sí, tal y como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes.

Por lo tanto, el reconocimiento de situación jurídica individualizada en los términos que seguidamente se exponen se refiere a esa hora y media en exceso por la que se ha efectuado la deducción de haberes.

UNDÉCIMO.- Descendiendo a las concretas circunstancias del caso presente y teniendo en cuenta lo expuesto debemos de examinar lo que resulta del expediente administrativo.

Así la Resolución de 3 de marzo de 2008 ordena la deducción de parte de las retribuciones correspondientes a los días 4 y 5 de febrero de 2008 en los que la actora estuvo de huelga.

La Resolución de 3 de abril contiene idéntico acuerdo en relación a los días

8, 11, 12, 15, 18 y 19 de febrero de 2008; la Resolución de 30 de abril de 2008 en relación con los días 20, 22 y 25 de febrero de 2008 y finalmente la Resolución de 5 de junio de 2008 en relación con los días 26, 27, 28 y 29 de febrero y 3, 4, 5, 7, 13, 14, 24, 26, 27 y 28 de marzo de 2008 y 1 y 2 de abril de 2008.

Por la parte actora se procedió a interponer recursos de reposición contra tales actos (2083/08, 2084/08, 4432/08, y 7289/08) que fueron acumulados y resueltos todos ellos en la Resolución de 19 de noviembre de 2008, que constituye el objeto de este recurso.

Con arreglo a los hechos que acabamos de exponer no podemos declarar que existe falta de congruencia respecto a los días del mes de febrero, porque el suplico de la demanda debe de entenderse en su conjunto y en relación con la fundamentación de la misma.

Por este motivo, en la medida en que se recurren la Resoluciones administrativas que acuerdan determinados descuentos y se pide la nulidad de las mismas, es obvio que el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, debe de referirse a las cantidades que le han descontado correspondientes a los días a los que se refieren las resoluciones recurridas, que fueron objeto de reposición, lo que incluye el mes de febrero, marzo y abril (días 1 y 2).

Ahora bien, puesto que los actos administrativos no se refieren a las cantidades correspondientes a los meses de mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008 resulta que debemos de declarar que respecto de las mismas, concurre desviación procesal.

Todo lo cual nos lleva a reconocer que la actora tiene derecho a que le sean reembolsadas las cantidades detraídas correspondientes a la hora y media en la que no consta que ejerciese el derecho de huelga correspondiente a los días 4, 5, 8, 11, 12, 15, 18, 19, 20, 22, 25, 26, 27, 28 y 29 de febrero de 2008, días 3, 4, 5, 7, 13, 14, 24, 26, 27 y 28 de marzo de 2008 y días 1 y 2 de abril de 2008.

DUODECIMO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen

una especial imposición de costas, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

## **FALLO**

Con estimación parcial del recurso contencioso administrativo 56/09 interpuesto por D<sup>a</sup> Susana contra las resoluciones administrativas señaladas debemos de declarar y declaramos:

PRIMERO.- Que dichas resoluciones son contrarias a derecho por lo que deben de ser anuladas y las anulamos

SEGUNDO.- Que reconocemos el derecho de la actora al reintegro por parte de la Administración de las cantidades indebidamente retraídas con los intereses legales, correspondientes a los días 4, 5, 8, 11, 12, 15, 18, 19, 20, 22, 25, 26, 27, 28 y 29 de febrero de 2008, días 3, 4, 5, 7, 13, 14, 24, 26, 27 y 28 de marzo de 2008 y días 1 y 2 de abril de 2008.

TERCERO.- Que no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.