

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO UNO
ALICANTE**

1SENTENCIA NÚM. 56/2022

En la Ciudad de Alicante a 4 de febrero de 2022

VISTOS por mí, D. Salvador Bellmont Lorente, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de Alicante, el presente recurso contencioso administrativo núm. 227/2021, interpuesto por ██████████ ██████████ representado y asistido por el/la Letrado/a D/D^a José Barrachina Mataix, contra el Decreto de Alcaldía nº 341/2021, del Ayuntamiento de Alcoy, de fecha 1 de febrero de 2021, por la que se acordaba desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Decreto de Alcaldía nº 41/2021, de 11 de enero; habiendo sido parte en autos como Administración demandada el Ayuntamiento de Alcoy, representado y bajo la dirección letrada de D/D^a Cristóbal Sirera Conca; vengo a resolver en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por ██████████ se formuló demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos legales que estimó oportunos en apoyo de su pretensión, terminó suplicando que se dictara sentencia estimatoria del recurso, en los términos precisados en el suplico de la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

SEGUNDO: Admitida la demanda, previa reclamación del expediente administrativo, se señaló día y hora para la celebración del juicio, que tuvo lugar con la comparecencia de ambas partes conforme consta en el acta. En dicho acto, la demandante se ratificó en sus pretensiones, formulando la demandada oposición en los términos que se recogen en el acta; practicándose la prueba que obra unida a las actuaciones y tras un final trámite de conclusiones, se declararon las actuaciones vistas para sentencia.

TERCERO: En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se presenta por la actora recurso contencioso administrativo contra el Decreto de Alcaldía nº 341/2021, del Ayuntamiento de Alcoy, de fecha 1 de febrero de 2021, por la que se acordaba desestimar el recurso de reposición interpuesto

contra el precedente Decreto de Alcaldía nº 41/2021, de 11 de enero. En virtud del Decreto impugnado se acordaba:

“PRIMERO.- Desestimar el recurso de reposición y, consecuentemente, suspender, con efectos del 1 de febrero de 2021, la relación de servicios que el Sr. [REDACTED] mantiene con el Ayuntamiento de Alcoy como Agente de Policía Local en régimen de segunda actividad, por ser dicha situación incompatible con la percepción de la pensión de Incapacidad Permanente Total que el citado funcionario tiene reconocida y percibe mensualmente.

SEGUNDO.- Dar de baja a D. [REDACTED] en la Tesorería General de la Seguridad Social con efectos del día 1 de febrero de 2021.

TERCERO.- Mantener la suspensión antedicha hasta tanto el [REDACTED] opte por el ejercicio de uno de los dos derechos (mantener su relación de servicios remunerada o cobro de la pensión de Incapacidad Permanente).”

Se interesa por el recurrente el dictado de una sentencia por la que se declaren contrarios a Derecho y, en consecuencia, se anulen los Decretos de Alcaldía nº 41/2021 y 341/2021 del Ayuntamiento de Alcoy y, como consecuencia de lo anterior, se levante la suspensión acordada, con efectos desde el 1 de febrero de 2021, de la relación de servicios que el [REDACTED] mantiene con el Ayuntamiento de Alcoy, así como su baja en la Tesorería General de la Seguridad Social, todo ello con efecto retroactivo desde el indicado día 1 de febrero de 2021, reintegrándose los salarios no satisfechos desde entonces con los correspondientes intereses de demora y satisfaciéndose cualquier pago que debería haberse efectuado a la TGSS al efecto de regularizar la situación desde dicha fecha del 1 de febrero; todo ello con expresa imposición de costas al Ayuntamiento de Alcoy.

Frente a lo argumentado de contrario se alza la Administración demandada, sosteniendo la conformidad a derecho de la resolución dictada; todo ello en base a las argumentaciones expuestas en su contestación y que se dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad y que, en esencia, se refieren a la incompatibilidad de percepción de la prestación económica por incapacidad permanente total, con la percepción de salario como funcionario público en situación de segunda actividad en la Policía Local de Alcoy.

Constituyen hechos no controvertidos entre las partes que el hoy recurrente fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante, de fecha 25 de septiembre de 2000 (confirmada por la Sala de lo Social del TSJCV en Sentencia de 23 de abril de 2002); así como tampoco se cuestiona en el hecho de que el hoy recurrente ostenta la condición de funcionario de la Policía Local del Alcoy, en situación de segunda actividad.

SEGUNDO: Por delimitado en el precedente fundamento de derecho lo que constituye objeto de impugnación en autos, así como las respectivas pretensiones de las partes en relación a dicho objeto, cabe poner de manifiesto la múltiple y variada argumentación que el recurrente plantea en su demanda, en sustento del suplico de la misma. Así, se alega por el demandante: la vulneración del procedimiento legalmente establecido, con mención también del la vulneración del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución Española; la ausencia de expediente administrativo; haberse prescindido por la Administración demandada de los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley 30/2015 (sobre el régimen de

notificaciones); vulneración del régimen de situaciones del artículo 122 de la Ley 10/2010, de Función Pública Valenciana y artículo 90 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley del EBEP; vulneración del sistema de revisión de los actos de la Seguridad Social, artículos 200 de la LGSS y 146 de la Ley de la Jurisdicción Social; vulneración del artículo 63 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley del EBEP; vulneración de la jurisprudencia aplicable al caso concreto, en relación a las situaciones consolidadas en virtud de sentencia judicial firme y su consecuente ejecución y acto no recurrido en tiempo y forma; vulneración de la jurisprudencia del TS y TC sobre la aplicación retroactiva de las sentencias en el cambio de criterio jurisprudencial; finalmente, el efectivo ejercicio de la opción de mantenimiento del puesto de trabajo, de forma expresa.

Para abordar el análisis y resolución del fondo de la controversia que se suscita en las presentes actuaciones resulta necesario partir de la propia posición en la que se encuentra el hoy recurrente. Al efecto, tal y como se ha anticipado, el Sr Martín Arévalo tiene reconocida la Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de Policía Local y, además, ostenta la condición de funcionario de la Policía Local del Alcoy, en situación de segunda actividad; ello supone que sea, por un lado, beneficiario de una pensión vitalicia con cargo al INSS (en virtud de la incapacidad) y paralelamente percibe del Ayuntamiento de Alcoy el salario correspondiente al servicio prestado como policía local en segunda actividad.

No se cuestiona por el Ayuntamiento demandado la posibilidad de que el hoy recurrente ostente uno y otro derecho (pensión y trabajo) sino su ejercicio simultáneo.

La imposibilidad del aludido ejercicio simultáneo de los derechos mencionados ya fue declarada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de abril de 2017.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente esclarecedora ha sido la Sentencia nº 554/2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 27 de julio de 2020; reconociendo que resulta incompatible la percepción de ambas prestaciones económicas a la vez, debiendo necesariamente el funcionario optar por una u otra. Merece especial mención la siguiente conclusión a la que llega la Sala en la citada sentencia:

“Para la Sala resultaría intolerable que una Administración sometida a imperativos legales, reconociera la situación de segunda actividad de uno de sus funcionarios con los derechos económicos inherentes a tal declaración, sabiendo que percibe una pensión de invalidez incompatible y que no intentara poner coto a esa situación impidiéndolo con los medios legales que tiene a su alcance.”

TERCERO: A partir del marco expuesto en el fundamento de derecho anterior y vistas las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Alcoy, así como el contenido de sus resoluciones, se pone de manifiesto que en el supuesto de autos no se ha denegado por la Administración demandada derecho alguno al hoy recurrente, ni tampoco se ha procedido a su revisión, sino que -como consta al expediente administrativo y a continuación se hará mención de ello- se requirió al Sr Martín Arévalo para que optase entre el ejercicio de un derecho u otro (pensión o

actividad retribuida), por resultar legalmente incompatible la simultaneidad de tal ejercicio.

Efectivamente, así se desprende del expediente administrativo, donde consta que por el Ayuntamiento de Alcoy, en fecha 30 de septiembre de 2020, se requirió al [REDACTED] para que optase entre el ejercicio de uno u otro de los derechos mencionados, con la advertencia de que si optaba por continuar en activo como funcionario del Ayuntamiento de Alcoy debía acreditar su renuncia a la pensión de SS que venía percibiendo (así consta al doc 2 del expediente). Ante la falta de opción por el hoy actor, se procedió por la Administración demandada a realizar un segundo requerimiento, en igual sentido que el anterior (como consta al doc 9 del expediente). De nuevo y ante la falta de opción se dictó resolución de 30 de diciembre de 2020 (doc 17 del expediente), resolución en la que se acordaba la suspensión de la relación de servicios del hoy actor con el Ayuntamiento concediendo, no obstante, un nuevo plazo (por tercera ocasión) para que pudiese manifestar su opción. Una vez notificada al actor la anterior resolución, se presentó por éste escrito de alegaciones en fecha 26 de enero de 2021 (doc 20 del expediente) que fue tramitado por la Corporación municipal como un recurso de reposición, al constar dictada resolución expresa. Finalmente, y tras informe jurídico del Director de RRHH del Ayuntamiento (doc 23 del expediente), se dictó la resolución administrativa de 1 de febrero de 2021, objeto de impugnación en autos (doc 23 del expediente).

El proceder por parte de la Administración demandada revela su voluntad de adecuar a la legalidad la situación de uno de sus funcionarios -hoy recurrente-, en evitación de un incompatible ejercicio simultáneo de dos derechos; amoldándose así además a la exigencia expresada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJCV anteriormente mencionada, intentado el Ayuntamiento *“poner coto a esa situación impidiéndolo con los medios legales que tiene a su alcance.”*

Por el contrario, los distintos argumentos que el hoy recurrente esgrime en su demanda en sustento de su pretensión, en la medida en que van encaminados a continuar con un ejercicio de dos derechos que resulta incompatible (según lo ya expuesto en el fundamento de derecho anterior) constituye en definitiva un abuso de derecho que la Ley no ampara y determina la necesidad de la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Así se reconoce este principio general del derecho en el artículo 7.2 del Código Civil, en los siguientes términos:

“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

En línea con lo acabado de expresar conviene recordar otro de los principios generales positivado en el artículo 6.4 del mismo texto legal, conforme al cual:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

En razón de lo acabado de expresar, cabe considerar ilegítimo y contrario a las exigencias de la buena fe -principio que ha de presidir el ejercicio de cualquier derecho-, la finalidad pretendida por el hoy recurrente en su demanda, con independencia del argumento (siendo variados los argumentos expuestos en la demanda, ya mencionados) en que se haya intentado sustentar esa finalidad ilegítima. No pueden por ello prosperar ninguno de los argumentos -ya sean formales o de fondo- planteados por el demandante; siendo además que el abuso de derecho -como también el fraude de ley- no puede ser amparado ni aún alegando que se trata de actos consentidos o situaciones supuestamente consolidadas, puesto que no es algo que dependa de la voluntad de las partes, sino de lo que la Ley establece.

Por último, tampoco puede merecer favorable acogida la alegación del recurrente referida a que sí comunicó al Ayuntamiento en su escrito de 26 de enero de 2021 su opción por continuar en la prestación de sus servicios en el Ayuntamiento. Y es que basta con acudir a la lectura del contenido del escrito de alegaciones presentado por el [REDACTED] ante el Ayuntamiento de Alcoy en fecha 26 de enero de 2021 (tramitado por la Administración demandada como recurso de reposición) para comprobar que expresamente se indicaba por el interesado que: *“no pudiendo optar en los términos señalados por el Ente Local por los razonamientos expuestos en nuestros previos escritos así como en el informe de la AVAF.”* No puede, por tanto, considerarse que se comunicó al Ayuntamiento la opción decidida por el hoy actor; es más, tampoco se cumplió con la exigencia de acreditar su renuncia a la pensión de SS que venía percibiendo; todo ello a pesar de haberle concedido hasta en tres ocasiones la posibilidad de manifestar su opción.

Atendidas las razones expuestas en los fundamentos de derecho de la presente sentencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo origen de los presentes autos.

CUARTO: En materia de costas procesales, el art 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone en su apartado 1 que “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. En el supuesto de autos, dadas las dudas interpretativas de derecho que concurrían, no procede la imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

F A L L O

Que debo desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Alcoy, en impugnación de las resoluciones mencionadas en el encabezamiento de la presente sentencia, declarando la conformidad a Derecho de las mismas.

Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de QUINCE días en este Juzgado, para su conocimiento por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LO 1/2009, la parte recurrente deberá efectuar el DEPÓSITO correspondiente para interponer recurso, sin cuyos requisitos no se admitirá el mismo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha, doy fé.