

RECURSO DE APELACION [RPL] - 000215/2022
N.I.G.: 03014-45-3-2021-0000864

SENTENCIA Nº 656/23

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN 2**

Ilmos. Sres:

Presidenta
D/D^a ALICIA MILLAN HERRANDIS

Magistrados
D/D^a RICARDO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO
D/D^a RAFAEL PÉREZ NIETO (Ponente)

En VALENCIA a dieciocho de julio de dos mil veintitrés.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por la Ilma. Sra. doña Alicia Millán Herrandis, Presidente, y los Ilmos. Sres. don Ricardo Fernández Carballo-Calero y don Rafael Pérez Nieto, Magistrados, el recurso de apelación tramitado con el núm. de rollo 215/22 frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante dictada en el procedimiento abreviado núm. 227/21. Han sido parte apelante don [REDACTED], representado por la Procuradora [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED] y parte apelada el Ayuntamiento de Alcoi, representado por la Procuradora Sra. Andrés Peiró y defendido por el Letrado Sr. Sirera Conca. Ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Nieto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 4-2-2022 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante dictó sentencia núm. 56/22 en el procedimiento abreviado núm. 227/21. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED] frente al decreto núm. 341/2021, de 1 de febrero, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Alcoi que desestima el recurso de reposición contra el decreto núm. 41/2021, de 13 de enero, que dispuso la suspensión de la relación de servicios del recurrente con el Ayuntamiento, manteniéndose tal suspensión hasta tanto el concernido opte, bien por la relación funcional, bien por la pensión percibida por su incapacidad permanente.

SEGUNDO.- La representación procesal de [REDACTED] interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia. El recurso fue admitido por el Juzgado y se dio traslado a la representación del Ayuntamiento de Alcoi, la cual presentó escrito oponiéndose.

TERCERO.- El Juzgado elevó las actuaciones a este Tribunal. Una vez recibidas y formado el correspondiente rollo se personaron las partes. Se dictó providencia señalando votación y fallo para el 4 de julio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de [REDACTED] ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia a que se refiere el primer antecedente.

Mediante dicha sentencia, el Juzgado *a quo* desestima el recurso contencioso-administrativo que el apelante hubo promovido frente a que Ayuntamiento de Alcoi dispusiera la suspensión de su relación de servicios funcionariales mientras no optara entre dicha relación y la pensión que cobra por su incapacidad permanente.

La sentencia recoge que el recurrente “tiene reconocida la incapacidad permanente total para su profesión habitual de Policía Local y, además, ostenta la condición de funcionario de la Policía Local de Alcoi, 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 Alcoi el salario correspondiente al servicio prestado como Policía Local en segunda actividad”. Razona la sentencia que “la imposibilidad del aludido ejercicio simultáneo de los derechos mencionados ya fue declarada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su STS de 26-4-2017”, igualmente cita la STSJCV de 27-7-2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Se dice que la conducta del recurrente supone un abuso de derecho que no ampara la Ley.

SEGUNDO.- La representación de la parte apelante [REDACTED] alega que las sentencias que cita la sentencia *a quo* no tratan supuestos como el ahora enjuiciado. En aquellas, los interesados no gozaban de una situación consolidada de reconocimiento de segunda actividad. Esta situación fue reconocida por resoluciones de 2003 del Ayuntamiento de Benidorm y de 2012 del Ayuntamiento de Alcoi. Por otro lado, en virtud de sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante de 2000, ratificada por STSJCV de 2002, disfruta de la situación de incapacidad permanente.

Sigue alegando que la suspensión de funciones sólo puede resultar de una condena penal o de una sanción disciplinaria. El Ayuntamiento ha ignorado el procedimiento legalmente establecido, por ello la suspensión incurre en nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPAC). Asimismo ha ignorado el sistema de revisión de los actos previsto en los arts. 200 y ss. de la LGSS; el efecto de cosa juzgada; y la doctrina de los actos propios. Además de que el recurrente ejercitó la opción ofrecida.

Enfrente, la representación de la parte apelada Ayuntamiento de Alcoi alude a que la situación de segunda actividad del apelante se explica por razones de salud y que ocupa un puesto de trabajo de conserje en un centro municipal, “si bien ha recibido las retribuciones íntegras que le corresponden a un puesto de su categoría, esto es, Agente de Policía Local”.

TERCERO.- Además de los antecedentes reseñados traemos estos otros:

A [REDACTED], por dos veces, se le requirió por el Ayuntamiento de Alcoi que optara entre la relación de servicios funcionariales y su pensión por incapacidad permanente, debiendo acreditar su renuncia a la pensión.

En la resolución del Ayuntamiento de 30-12-2020 que acordaba la suspensión, no obstante, se concede nuevo plazo para que el concernido ejercite su opción.

CUARTO.- Dejando anotado lo llamativo de la situación del concernido, en tanto que sus servicios en el Ayuntamiento de Alcoi y las correspondientes retribuciones como Agente de la Policía Local se acumulan a la pensión que del INSS percibe por su incapacidad permanente para cometidos de su puesto, lo que hemos de decidir en el presente proceso judicial es si resulta conforme a Derecho la decisión municipal adoptada para remediar una posible ilegalidad por incompatibilidad.

La figura de la suspensión de funciones y retribuciones del funcionario público está prevista en la normativa básica aplicable sobre unos presupuestos netamente diferenciados de los reseñados y que se conectan a una eventual responsabilidad penal o disciplinaria.

Que no es el caso que tratamos aquí.

Tal circunstancia resulta determinante para que declaremos nula la suspensión de funciones y retribuciones acordada por el Ayuntamiento impugnada aquí. Resultando innecesario que traemos la cuestión relativa a si la acumulación de retribuciones y de la pensión supone una ilegalidad o no la supone.

Si el Ayuntamiento de Alcoi no detecta otro óbice de legalidad en la continuación de la relación funcional con el actor que el relativo a su pensión por incapacidad permanente, entonces debería ponerlo en conocimiento del INSS para que éste lo remedie, incluso con carácter retroactivo.

Con esto se estima el recurso de apelación.

QUINTO.- Como el recurso de apelación ha sido estimado, con arreglo al art. 139.2 de la LJCA no ha lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas del rollo.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general aplicación

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] y dejamos sin efecto la sentencia *a quo*.

2º.- Estimamos su recurso contencioso-administrativo y anulamos la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho.

3º.- Declaramos que el recurrente debe ser reintegrado en sus derechos retributivos y administrativos desde la fecha en que tuvo efecto la suspensión que anulamos.

4º.- Sin costas.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o, en su caso, ante esta Sala, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de 30 días, desde el siguiente al de su notificación, y en la forma que previene el vigente art. 89 de la LJCA. La preparación deberá seguir las indicaciones del acuerdo de 19-5-2016 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo de 20-4-2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 6-7-2016), sobre la extensión máxima y otras consideraciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que ha sido para la resolución del presente rollo de apelación, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico. En Valencia, a 18 de julio de 2023.