



Roj: **STS 3340/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3340**

Id Cendoj: **28079130042022100444**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/09/2022**

Nº de Recurso: **7118/2020**

Nº de Resolución: **1176/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4145/2020,**
ATS 2714/2022,
STS 3340/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.176/2022

Fecha de sentencia: 22/09/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7118/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J. MADRID CON/AD SEC. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7118/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1176/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **7118/2020**, promovido por **DON Bernabe**, representado por el procurador de los tribunales don David García Riquelme y defendido por el letrado don Jesús Gutiérrez Rodríguez, contra la sentencia número 161/2020, de 14 de mayo, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario nº 1254/2018, que desestimó el recurso.

Siendo parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DE HACIENDA)**, representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos en virtud de la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de mayo de 2020 que desestimó el recurso planteado por don Bernabe contra la resolución de 18 de octubre de 2018, de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, que acuerda la liquidación de la revisión de la pensión de retiro por incapacidad permanente, por importe negativo de 1.335,10 euros, revisión acordada por resolución de 10 de septiembre de 2018, con efectos desde el 1 de julio de 2018, por realización de actividad laboral.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo 1254/18, interpuesto por interpuesto el Procurador D. David García Riquelme en nombre y representación de D. Bernabe, contra la Resolución de 18 de octubre de 2018, del MINISTERIO DE HACIENDA (DG. Costes de Personal y Pensiones Públicas), que acuerda la liquidación de la revisión de la pensión de retiro por incapacidad permanente, por importe negativo de 1.335,10 euros, revisión acordada por Resolución de 10.09.18, con efectos desde 1.07.18, por realización de actividad laboral, actuación administrativa que en consecuencia se confirma en tanto que ajustada a Derecho,

2.- Imponer a la parte demandante las costas del presente recurso, en los términos del Fº Jº 8º de esta sentencia. [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Bernabe, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente a don Bernabe, y como recurrido a los servicios jurídicos de la Administración del Estado.

CUARTO.- Por auto de 24 de febrero de 2022, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Bernabe contra la sentencia de 14 de mayo de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario núm. 1254/2018.

Segundo. Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si la comunicación tardía del inicio de actividad privada, con posterioridad declarada compatible con la situación de jubilación o retiro, obliga al pensionista a la devolución de la totalidad de las prestaciones percibidas durante el periodo de actividad no comunicado o, tan solo, a la de la cuantía de obligada reducción.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 11 y 15 del Real Decreto 710/2009, de 17 de abril, por los que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, así como



en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (ex artículo 90.4 LJCA). [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] Que habiendo presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y, en su virtud, le tenga por personado y parte, y por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN, en tiempo y forma, contra la sentencia dictada, el 14 de mayo de 2020 y en el Procedimiento Ordinario 1254/2018, por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, previos los trámites procesales procedentes, dicte en su día Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, se estime plenamente el recurso en los términos interesados, condenándose a la parte recurrida a la devolución del importe de la pensión erróneamente declarado indebido, por ser así de Justicia que, respetuosamente, pide en Madrid a 23 de marzo de 2022. [...]"

SEXTO.- Por providencia de fecha 31 de marzo de 2022, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

Por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al recurso de casación que finaliza suplicando:

"[...] tenga por formulado escrito de oposición en este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito. [...]"

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 22 de junio de 2022, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 20 de septiembre de 2022, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Bernabe contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2020.

Los antecedentes del asunto son como sigue. El recurrente, guardia civil retirado por incapacidad permanente que venía cobrando la correspondiente pensión de retiro o jubilación, celebró un contrato de trabajo con fecha 25 de abril de 2018. Esta relación contractual finalizó el 26 de octubre de 2018. Con fecha 20 de junio de 2018 -es decir, casi dos meses después de que se celebrase el contrato de trabajo y se iniciase su ejecución- hizo la preceptiva comunicación a la Administración, a efectos de obtener el reconocimiento de la compatibilidad con la pensión de jubilación.

Mediante resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (Ministerio de Defensa) de 18 de octubre de 2018, se declaró que la actividad contemplada en el contrato de trabajo celebrado por el recurrente era compatible con la pensión de jubilación, si bien el importe de la misma debía reducirse al 75% mientras durase la relación contractual tal como dispone la normativa reguladora de la materia. Además, la mencionada resolución ordenó la devolución de la totalidad de las cantidades recibidas por el recurrente en concepto de pensión de jubilación en el período comprendido entre el 1 de mayo y el 30 de junio de 2018; es decir, las dos mensualidades durante las que había comenzado la relación contractual sin comunicarlo a la Administración.

Disconforme únicamente con este último extremo, el recurrente acudió a la vía jurisdiccional. La sentencia ahora impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo, por entender que el recurrente incumplió el deber de no iniciar una actividad compatible con la pensión de jubilación antes de haber presentado a la Administración la preceptiva solicitud de compatibilidad.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 24 de febrero de 2022. La cuestión que declara de interés casacional objetivo es determinar: "[...] "si la comunicación tardía del inicio de actividad privada, con posterioridad declarada compatible con la situación de jubilación o retiro, obliga al pensionista a la devolución de la totalidad de las prestaciones recibidas durante el período de actividad no comunicado o, tan sólo, a la de la cuantía de obligada reducción" [...]"



TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación se argumenta esencialmente que el art. 11 del Real Decreto 710/2009, que es la norma reguladora de la materia, no exige que la comunicación a la Administración de la actividad se realice con anterioridad al inicio de aquélla, sino que puede hacerse una vez ya iniciada. A ello se añade que el acto por el que la Administración, tras examinar la comunicación del pensionista, afirma la compatibilidad de la actividad privada con la pensión de jubilación tiene naturaleza declarativa, no constitutiva; algo que, siempre según el recurrente, es relevante para concluir que el mencionado acto administrativo de reconocimiento de la compatibilidad debe surtir eficacia retroactiva. De aquí se seguiría que no hay fundamento normativo para obligarle a devolver el importe íntegro de las mensualidades correspondientes al tiempo en que aún no había comunicado el inicio de la actividad privada compatible.

CUARTO.- El escrito de oposición del recurso de casación del Abogado del Estado, tras hacer una detallada exposición de la regulación de la actividad compatible con las pensiones de jubilación y retiro, subraya que en este proceso no se ha discutido la procedencia de reducir el importe de la pensión de jubilación al 75% cuando se desarrolla una actividad compatible, sino únicamente si procede la devolución total de lo recibido en concepto de pensión de jubilación en el período en que aún no se había hecho la comunicación a la Administración. Una vez efectuada esta precisión, el Abogado del Estado sostiene que el acto de la Administración por el que se reconoce que una actividad privada resulta compatible con la pensión de jubilación tiene naturaleza de autorización y, por consiguiente, no puede surtir efectos retroactivos. Ello significa, siempre según el Abogado del Estado, que el recurrente no tenía derecho a realizar la actividad compatible sin haberla comunicado antes a la Administración y, por tanto, que las cantidades recibidas en concepto de pensión de jubilación durante ese período deben ser íntegramente devueltas.

QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, es claro que no se discute aquí la procedencia de reducir el importe de la pensión de jubilación al 75% cuando se desarrolla una actividad compatible. Ello implica que el recurrente está obligado a devolver a la Administración el 25% de lo cobrado como pensión de jubilación entre el 1 de mayo y el 30 de junio de 2018; período en que comenzó a ejecutar el contrato de trabajo sin haber hecho la preceptiva comunicación a la Administración. Ello no ha sido nunca combatido por el recurrente, de manera que el acto administrativo es firme y consentido en dicho aspecto.

El único problema es si la Administración tiene razón al exigir la devolución del importe total de las dos mensualidades en que el recurrente aún no había hecho la comunicación de la actividad compatible.

Las partes, al igual que la sentencia impugnada, concuerdan en que la respuesta debe buscarse en el Real Decreto 710/2009, por el que se desarrollan las previsiones en materia de Clases Pasivas recogidas en la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Más en concreto, el art. 11 del Real Decreto 710/2009 establece:

"[...] Artículo 11. Comunicación del inicio de una actividad.

El pensionista de jubilación o retiro que pretenda compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de una actividad, en los términos establecidos en el artículo 10 de este Real Decreto, deberá comunicarlo a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, cuando se trate de pensiones causadas por el personal civil o a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, respecto de las pensiones causadas por el personal militar, acompañando una copia del contrato relativo a la actividad que se venga realizando o que se pretenda iniciar o, en su defecto, una certificación de la empresa contratante, si se tratara de un trabajo por cuenta ajena. En caso de un trabajo por cuenta propia, se deberá aportar una copia de la documentación necesaria para el inicio de la actividad o, en tanto no se cuente con ella, una declaración del propio interesado, en la que deben constar las distintas tareas o funciones que integran dicha actividad. [...]"

Pues bien, de la lectura del precepto reglamentario transcrito no cabe concluir que sea ilícito o esté prohibido iniciar una actividad compatible antes de hacer la preceptiva comunicación a la Administración. Es sumamente significativo que al art. 11 del Real Decreto 710/2009 hable de la actividad "que se venga realizando o que se pretenda realizar", admitiendo así que objeto de la comunicación puede ser algo que ya se ha iniciado. El argumento literal es aquí inequívoco. Además, en una perspectiva finalista, ello tiene mucho sentido, dado que a menudo la posibilidad de realizar una actividad compatible requiere una aceptación inmediata, que no puede retrasarse hasta que la Administración haga la correspondiente declaración de compatibilidad. No existe, así, un deber de comunicación previa de la actividad compatible y, por ello, de la mera circunstancia de haber iniciado la actividad compatible antes de hacer la comunicación a la Administración no pueden seguirse consecuencias perjudiciales para el pensionista.

Dicho esto, conviene aclarar dos extremos. Por un lado, que no exista un deber de comunicación previa al inicio de la actividad no significa que la comunicación pueda demorarse indefinidamente, ni menos aún que pueda efectuarse una vez concluida la actividad. Aunque el art. 11 del Real Decreto 710/2009 no establece un plazo,



debe razonablemente entenderse que la comunicación ha de realizarse con la debida diligencia y, sobre todo, en tiempo útil para que la Administración pueda hacer las oportunas comprobaciones.

Por otro lado, la iniciación de la actividad con anterioridad a la comunicación y a la declaración de compatibilidad por la Administración es ciertamente lícita; pero es claro que, durante ese lapso temporal, el pensionista la realiza a su propio riesgo. Ello significa que, si finalmente la actividad es declarada incompatible por la Administración, el pensionista habrá de soportar las consecuencias correspondientes, incluida la devolución de las cantidades indebidamente recibidas.

Una vez expuesto cuanto precede, resta añadir que el acto por el que la Administración, tras hacer las oportunas comprobaciones, reconoce la compatibilidad de una actividad con la pensión de jubilación tiene naturaleza declarativa; y no constitutiva. La actividad es compatible o no lo es dependiendo de si resulta o no resulta subsumible en alguno de los supuestos legalmente establecidos de compatibilidad, sin que la Administración disponga de ningún margen de apreciación. Así las cosas, afirmar que se trata de una autorización, como sostiene el Abogado del Estado, no es convincente. Y si el acto administrativo consiste simplemente en comprobar que concurren las circunstancias determinantes de la compatibilidad, hay que concluir que la declaración de compatibilidad puede tener eficacia retroactiva con arreglo al apartado tercero del art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, pues se trata de un acto administrativo favorable al interesado, cuyo supuesto de hecho existía con anterioridad y que no lesiona derechos o intereses legítimos de terceros. De aquí que los efectos económicos de la declaración de compatibilidad deban, en este caso, retrotraerse al momento de inicio de la actividad luego declarada compatible.

SEXTO.- A la vista de todo lo anterior, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que la comunicación de una actividad ya iniciada, que luego la Administración declara compatible con la pensión de jubilación o retiro, no obliga al pensionista a la devolución de la totalidad de las cantidades recibidas durante el período anterior a la comunicación, sino tan sólo a la de la cuantía de obligada reducción.

La sentencia impugnada debe, así, ser casada. Procede asimismo estimar el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de octubre de 2018 y, en consecuencia, anular la orden de devolución total de las cantidades recibidas por el recurrente en concepto de pensión de jubilación en el período comprendido entre el 1 de mayo y el 30 de junio de 2018. La validez del mencionado acto administrativo no se ve afectada en todo lo demás.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas. En cuanto a las costas de la instancia y de conformidad con el art. 139 del mismo cuerpo legal, procede imponerlas a la parte cuyas pretensiones sean íntegramente desestimadas. Así, habida cuenta que la sentencia impugnada y ahora casada las limitó a 400 €, esa misma cantidad debe aplicarse ahora.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Bernabe contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2020, que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Bernabe contra resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (Ministerio de Defensa) de 18 de octubre de 2018, que anulamos en lo relativo a la orden de devolución de la totalidad de lo recibido por el recurrente en concepto de pensión de jubilación en el período comprendido entre el 1 de mayo y el 30 de junio de 2018.

TERCERO.- No hacer imposición de las costas del recurso de casación. Imponemos las costas del recurso contencioso-administrativo a la Administración General del Estado, hasta un máximo de 400 € por todos los conceptos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.