



Roj: **STS 719/2021 - ECLI:ES:TS:2021:719**

Id Cendoj: **28079130042021100067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/02/2021**

Nº de Recurso: **2333/2019**

Nº de Resolución: **256/2021**

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

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 17155/2018,**
ATS 1161/2020,
STS 719/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 256/2021

Fecha de sentencia: 24/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2333/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Requero Ibañez**

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

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

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 2333/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Requero Ibañez**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 256/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. **José Luis Requero Ibáñez**

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **2333/2019** interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO** contra la sentencia de 26 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso contencioso-administrativo 293/2017. Ha comparecido como parte recurrida doña Genoveva representada por don Jorge Pérez Vivas bajo la dirección letrada de doña Gracia Isabel García Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Requero Ibáñez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Genoveva interpuso el recurso contencioso-administrativo 293/2017 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, contra la resolución de la Jefatura Central de Tráfico desestimatoria por silencio del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 1 de marzo de 2017 por el que se ordena el reintegro de haberes retributivos satisfechos a la actora hasta el límite de lo percibido en concepto de pensión de jubilación, relativo a los ejercicios 2009 a 2013.

SEGUNDO.- El mencionado recurso fue estimado por sentencia de 26 de noviembre de 2018 cuyo fallo es del contenido literal siguiente: "*Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto y en su virtud se declara radicalmente nula la resolución impugnada y ello con imposición de costas a la Administración demandada hasta el límite de 1.500 euros.*"

TERCERO.- Notificada dicha sentencia, se presentó escrito por la Abogacía del Estado informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 11 de febrero de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personada la Abogacía del Estado como recurrente y doña Genoveva como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 11 de febrero de 2020, lo siguiente:

" *Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Abogada del Estado contra la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, en los autos del recurso contencioso administrativo nº 293/2017.*

" *Segundo. Precisar que la cuestión en que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:*

" *Si, en un supuesto donde se han recibido simultáneamente las cantidades correspondientes al concepto de salario y pensión de jubilación, el procedimiento para reclamar el salario indebidamente percibido ha de sujetarse al procedimiento específico regulado en el Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas.*

" *O si, por el contrario, resulta de aplicación la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio por la que se desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en lo relativo al procedimiento de recaudación de recursos no tributarios ni aduaneros de titularidad de la Administración General del Estado a través de entidades colaboradoras, y las normas generales previstas para los procedimientos de revisión de actos en vía administrativa en los artículos 106 a 111 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular, el artículo 109 relativo a la revocación.*

"Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, el artículo 1 del Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas; el artículo 77.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, del que se deriva la aplicación la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio (modificada



por la Orden PCI/1187/2018, de 7 de noviembre) por la que se desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en lo relativo al procedimiento de recaudación de recursos no tributarios ni aduaneros de titularidad de la Administración General del Estado a través de entidades colaboradoras, y las normas generales previstas para los procedimientos de revisión de actos en vía administrativa en los artículos 106 a 111 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular, el artículo 109 relativo a la revocación; y el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2020 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió al recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La Abogacía del Estado evacuó dicho trámite mediante escrito de 14 de mayo de 2020 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), solicitó que se estime su recurso y se anule la sentencia impugnada, todo ello conforme a la interpretación defendida en su escrito de interposición de los preceptos a los que se refiere el auto de admisión de esta casación.

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de octubre de 2020 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la representación procesal de doña Genoveva, solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente por las razones contenidas en su escrito de 27 de octubre de 2020.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 4 de diciembre de 2020 se señaló este recurso para votación y fallo el 23 de febrero de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y al día siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLEITO SEGUIDO EN LA INSTANCIA: ANTECEDENTES.

1. La sentencia impugnada no hace un relato de hechos, por lo que al amparo del artículo 93.3 de la LJCA y para la comprensión del litigio es preciso estar a los que se deducen de los autos y del expediente administrativo; son estos:

1º Doña Genoveva era funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración General del Estado y destinada en la Jefatura Provincial de Tráfico de Málaga.

2º Por razón de sus padecimientos interesó que se declarase su incapacidad permanente, lo que se le denegó por resolución de 24 de abril de 2009, resolución que impugnó jurisdiccionalmente ante la misma Sala de instancia, Sección Tercera, dando lugar al recurso contencioso-administrativo 1157/2009.

3º En ese recurso se dictó la sentencia 1282/2013, de 17 de abril, en la que tras valorar diversos dictámenes e informes, se estimó la demanda en estos términos: "*Estimar el recurso interpuesto por D^a Genoveva declarando que está afectada de un proceso crónico e irreversible que le imposibilitan para su profesión u oficio de OPERADOR DE INFORMACIÓN con destino en la Jefatura Provincial de Tráfico de Málaga con los efectos administrativos y económicos correspondientes a tal declaración*".

4º Dictada la sentencia, el 1 de julio de 2013 la Delegación del Gobierno acordó su cese por jubilación por incapacidad permanente y como fecha del cese el 24 de abril de 2009, es decir, la de la resolución denegatoria anulada. En ejecución de la citada sentencia la Subdirección General de Clases Pasivas, Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, dependientes de la Secretaría de Estado de Presupuestos, del Ministerio de Hacienda (en adelante, Clases Pasivas) pagó a doña Genoveva no sólo la pensión que le correspondía ya como jubilada, sino que en la nómina de septiembre de 2013 le pagó en concepto de atrasos 87.701,05 euros brutos, salvo error u omisión, calculados desde el 1 de mayo de 2009.

5º El caso es que durante la tramitación del procedimiento jurisdiccional y hasta su cese por jubilación había continuado prestando servicios y percibiendo sus retribuciones como funcionaria, por lo que el 24 de mayo de 2014 la Dirección General de Tráfico solicitó de Clases Pasivas que se le informase de lo percibido por jubilación entre el 24 de abril de 2009 al 17 de marzo de 2013 (fecha de la sentencia) "*ya que entendemos que el percibo de esa prestación es incompatible con el desempeño de la profesión*". Tal solicitud se contestó con el dato indicado en el anterior punto.



6º Con tal información la Dirección General de Tráfico remitió el expediente a Clases Pasivas para que iniciase el procedimiento de reintegro de la prestación de jubilación indebidamente percibida, todo ello conforme al artículo 7 del Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas (en adelante Real Decreto 1134/1997).

7º Clases Pasivas contestó el 5 de septiembre de 2014 a la Dirección General de Tráfico. Con cita del artículo 6.1 y 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (en adelante, TRLCP), le recordaba que los derechos pasivos son inembargables, irrenunciables o inalienables, por lo que la Dirección General de Tráfico como "organismo" pagador es quien debía reclamar las cantidades percibidas en concepto de salario y por el procedimiento correspondiente, algo en todo punto ajeno a Clases Pasivas.

8º Así las cosas, la Jefatura Central de Tráfico dictó la resolución impugnada en la instancia reclamando a doña Genoveva los salarios percibidos cuya cuantía asciende, salvo error u omisión, a 73.524,78 euros netos. Y lo hizo al amparo de la Orden PRE/1064/2016, de 29 de julio, que desarrolla en parte el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, para el reintegro de recursos que no sean tributarios ni aduaneros (en adelante, Orden PRE /1064/2016) y con base en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).

9º Contra esa resolución interpuso doña Genoveva recurso contencioso-administrativo en el que alegó, en síntesis, que no cabe el reintegro de los haberes percibidos cuando estaba en servicio activo, pues su percepción fue legal, no debida a error alguno, luego no cabe que se ordene su reintegro con base en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015 sino por medio de lo previsto en el artículo 107 de la misma. Además, de haber algún ingreso indebido, sería el de la indemnización recibida en virtud de la sentencia y competencia de Clases Pasivas.

2. La sentencia ahora impugnada estimó la demanda y apreció que el acto impugnado incurría en la causa de nulidad de pleno Derecho del apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992), esto es, por dictarse "*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*". Su razonamiento fue el siguiente:

" En las presentes actuaciones el examen del expediente aportado a la luz del régimen procedimental que sanciona el Real Decreto 1134/97 pone de manifiesto que no se articuló procedimiento de reintegro alguno, sin tan solo la resolución recurrida de 1 de marzo de 2017, que directamente lo acuerda tras advertir duplicidad en la percepción de haberes. La omisión del iter procedimental legalmente previsto vicia de nulidad radical la resolución impugnada en los términos que sanciona el art. 62.1.e) de la Ley 30/92 , con la consiguiente estimación de la demanda y ello en el sentido que a continuación se dirá, lo que excluye hacer pronunciamiento alguno sobre el resto de motivos del recurso".

3. Antes la sentencia rechazó que concurriese la causa de nulidad del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, lo que razonó así:

" En supuesto de litis no (sic) hallamos ante un procedimiento de reintegro expresamente regulado en el Real Decreto 1134/1997, cuyo art. 3.1 señala: En cumplimiento de tal norma la Dirección General de Costes de Personal, dependiente del Ministerio de Hacienda, en contestación a escrito remitido por la Dirección General de Tráfico manifestó que el organismo pagador es quien deberá reclamar al interesado las cantidades indebidamente percibidas, y en base a ello actuó con competencia delegada la Jefatura Central de Tráfico".

4. Volviendo a la causa de nulidad del artículo 62.1.e), como se ve, la sentencia remitió el alcance de la estimación al "sentido que a continuación se dirá", pero tal sentido nunca se dijo pues tras el párrafo transcrito en el anterior punto 2 la sentencia pasa, sin más, a decidir sobre las costas, de ahí que el fallo se limite a estimar la demanda y a declarar "radicalmente" nulo el acto impugnado.

SEGUNDO.- CUESTIÓN QUE PRESENTA INTERÉS CASACIONAL Y POSTURA DE LAS PARTES.

1. La cuestión que presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia se concreta en qué procedimiento es aplicable para el reintegro en caso de duplicidad de percepciones (sueldos y pensiones), si el previsto en el Real Decreto 1134/1997 o bien el previsto en la Orden PRE/1064/2016, el primero si procede reintegrar las pensiones, la segunda si lo que deben reintegrarse son los sueldos (cfr. Antecedente de Hecho Cuarto).

2. Al respecto la Abogacía del Estado sostiene en su recurso de casación lo siguiente, expuesto en síntesis:

1º El procedimiento aplicable es el de la Orden PRE/1064/2016 en relación con el artículo 109 de la Ley 39/2015. La sentencia infringe el artículo 1 del Real Decreto 1134/1997 pues lo reclamado no fue la pensión,



sino el sueldo, para lo que se remite al artículo 77.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

2º En este caso se ha ejecutado una sentencia firme que obliga a abonar la pensión de jubilación con efectos retroactivos durante el mismo periodo en que la perceptora estuvo cobrando su salario debido a que los efectos de la declaración de jubilación son de 24 de abril de 2009 lo que implica que entre esa fecha y el 1 de julio de 2013 habría una doble percepción (sueldo y pensión), lo que declara incompatible el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (en adelante, TRLCPE).

3º La consecuencia es que el procedimiento de reintegro fue el procedente y el único para reparar el enriquecimiento injusto, sin que Clases Pasivas delegase competencia alguna en la Jefatura Central de Tráfico.

4º De confirmarse la sentencia impugnada se llegaría a una interpretación ilógica, opuesta al artículo 33 TRLCPE y se vulneraría el principio de prohibición del enriquecimiento injusto pues se permitiría percibir pensión y salario, cuando son incompatibles.

3. Por su parte la representación de doña Genoveva opone lo siguiente, también en síntesis:

1º La Abogacía del Estado parte del error de entender que cobró simultáneamente su salario y los atrasos por la pensión; no niega haber cobrado los atrasos tras reconocérsele la pensión, pero no simultáneamente con el salario.

2º Que una vez reconocida la pensión le pagasen atrasos implicaría que, de ser incompatibles, luego indebidos, para su reintegro hay un procedimiento específico para su devolución, pero no sobre el salario que cobró legalmente.

3º La Abogacía del Estado entiende que los salarios eran indebidos, por lo que procede seguir el Real Decreto 1134/1997, aplicable al reintegro de pensiones indebidas, cuando lo indebido no fueron los salarios sino los atrasos en concepto de pensiones cuya percepción fue posterior, no simultánea.

4º En consecuencia, tampoco era aplicable la Orden EHA/4077/2005, de 26 de diciembre, sobre reintegros de pagos indebidos, norma ya derogada por la Orden PRE/1064/2016, cuyo artículo 1 excluye el reintegro de pagos indebidos de pensiones que es lo regulado en el Real Decreto 1134/1997.

TERCERO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Sobre la cuestión que presenta interés casacional objetivo y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA se parte, con carácter abstracto y como regla general de la incompatibilidad entre la percepción por un empleado público de sus retribuciones correspondientes al desempeño de su puesto en servicio activo y, simultáneamente, la percepción de una pensión de jubilación con cargo al sistema de Clases Pasivas (cfr. artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 33.1 del TRLCPE).

2. Si la Administración advierte esa doble percepción se entiende que obedece a una irregularidad, luego si el empleado público estando en activo percibe la prestación por jubilación, se habrá producido su indebido reconocimiento y pago. Y viceversa: si ese empleado público ha perdido ya tal condición por haberse extinguido la relación de servicios al haber sido jubilado, lo anómalo será que siga percibiendo unas retribuciones como empleado público en activo.

3. A efectos competenciales, luego procedimentales, será competente para acordar en su caso el reintegro el órgano que haya reconocido y abonado indebidamente la pensión o bien el que indebidamente le siga retribuyendo; y derivado de tal regla competencial, la apreciación de esa incompatibilidad y resolver sobre el reintegro deberá hacerse de acuerdo con la normativa propia: bien conforme al Real Decreto 1134/1997 si deben reintegrarse prestaciones de Clases Pasivas o bien conforme a la Orden PRE/1064/2016 si deben reintegrarse las retribuciones.

4. También con carácter general, si es la propia Administración quien advierte esa doble percepción, la devolución exigida requiere integrar el concepto "indebido", lo que lleva a las reglas de revisión de actos administrativos. En tal sede habrá que apreciar si lo indebidamente percibido responde a un mero error material, aritmético o de hecho o bien exige una tarea de valoración e interpretación jurídica, en cuyo caso no podrá acordarse directamente la revocación al amparo del artículo 109.2 de la Ley 39/2015.

5. También debe precisarse que si se acuerda el reintegro de la pensión de jubilación indebidamente reconocida y abonada, no se está ante un supuesto de embargo, renuncia o enajenación de la misma, sino ante un reconocimiento y pago indebido.



CUARTO.- APLICACIÓN AL CASO.

1. La aplicación de lo expuesto al caso lleva a estimar el recurso de casación por las siguientes razones:

1º Con carácter previo no está de más recordar que la sentencia impugnada rechazó la concurrencia de la causa de nulidad del apartado b) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, hoy 47.1 b) de la Ley 39/2015. Y la sentencia lo zanjó con un argumento como mínimo confuso: si lo impugnado es una resolución de la Jefatura Central de Tráfico, pese a que lo dictó conforme a la Orden PRE/1064/2016, fue porque Clases Pasivas delegó en esa Jefatura como órgano pagador la resolución del reintegro. Tal razonamiento no es objeto de la impugnación pero añade confusión.

2º La confusión radica en que si se conjuga lo razonado por la sentencia respecto de los dos motivos de nulidad radical que enjuicia -el que rechaza y el que estima-, hay que deducir que su planteamiento es el siguiente: entiende que la Jefatura Central de Tráfico era la competente porque lo hizo por delegación de Clases Pasivas, luego el procedimiento de reintegro aplicable sería el regulado en el Real Decreto 1134/1997, luego necesariamente lo reintegrable son los atrasos percibidos en concepto de pensión. Pero añádase a la confusión que la sentencia no aclara si la nulidad que declara lo es porque se dictó sin procedimiento alguno, o porque haberlo, lo hubo, pero no fue el previsto en el Real Decreto 1134/1997 o, en fin, porque se ordenó el reintegro sin antes resolver sobre su procedencia. En realidad no se capta el porqué de la estimación.

3º Con tal planteamiento la sentencia impugnada prescinde de lo peculiar del caso que es a lo que hay que estar y así lo advierten ambas partes. En efecto, la sentencia sería conforme a Derecho -y hubiese resuelto Clases Pasivas- si doña Genoveva hubiera percibido las retribuciones como funcionaria en activo y, simultáneamente, la pensión de manera más o menos prolongada. Sin embargo ese no es el litigio.

4º Lo litigioso surge porque declarada su incapacidad permanente y jubilada cuatro años después de habersele denegado, empezó a percibir la pensión con normalidad. Hasta ahí no hay problema. Ahora bien, el problema nace porque en 2013 -luego con efectos retroactivos- se le pagó, además, de una vez y en concepto de atrasos, el importe de la pensión dejada de percibir entre 2009 y 2013 y tal pago de atrasos se hizo en virtud de una sentencia firme, como señala la Abogacía del Estado. Pues bien, recibida la sentencia Clases Pasivas no cuestionó el alcance de un fallo, ciertamente etéreo de la misma Sala de instancia, que al estimar la demanda ordenaba que la declaración de la incapacidad permanente de doña Genoveva fuese con los "efectos administrativos y económicos correspondientes a tal declaración".

5º Ante tal fallo Clases Pasivas tampoco se esmeró y no interesó su aclaración o complemento; tampoco promovió un incidente de ejecución para precisar si esos efectos implicaban el abono de atrasos o si lo pagado podía ser a título de resarcimiento por el daño causado al mantener a la demandante en el puesto de trabajo pese a sus graves afecciones; tampoco planteó una posible incompatibilidad al solaparse en el tiempo con unas retribuciones salariales percibidas e incompatibles o, incluso, su eventual compensación con esas retribuciones tal y como sugirió doña Genoveva en su demanda.

6º Nada de eso hizo Clases Pasivas porque dio por hecho que debía abonar unos atrasos sin más y todo porque ejecutaba una sentencia firme que entendía que amparaba tal alcance. Esto implica que no puede ahora otra Sección de la misma Sala añadir más confusión y dictar una sentencia -la impugnada- que con base en una razón sólo procedimental abocaría a Clases Pasivas -o a la Jefatura Central de Tráfico desde su lógica errada- a dejar sin efecto aquella otra sentencia firme que es a lo que conduce la cita que hace del Real Decreto 1134/1997, lo que implica el reintegro de las pensiones referidas a un periodo de tiempo en el que doña Genoveva era funcionaria en activo. Nada de esto contempla la sentencia impugnada cuyo único razonamiento es el transcrito en el anterior Fundamento de Derecho Primero.2.

7º Por tanto, el acto impugnado no es nulo de pleno Derecho pues una vez que Clases pasivas se negó a conocer del reintegro, remitía a la Jefatura Central de Tráfico la competencia para que, como órgano pagador de salarios -no de pensiones y menos por delegación de Clases Pasivas- resolviese sobre la doble percepción de sueldos y atrasos de pensión. Y así lo hace la Jefatura Central de Tráfico conforme a la Orden PRE/1064/2016, única posibilidad que cabía porque lo único que podía ya ventilarse era el reintegro de unos salarios que se consideraban indebidos. Por tanto, lo litigioso lleva no tanto a la ausencia de procedimiento, sino a lo sustancial: la procedencia del reintegro y cómo ejecutarlo.

2. Por lo dicho se estima el recurso de casación y se casa y anula la sentencia, lo que lleva a estimar el recurso contencioso-administrativo por lo siguiente:

1º Nos centramos en que lo que es objeto de reintegro no son los atrasos de las pensiones -algo inmodificable ya por estar amparado en sentencia firme- sino las retribuciones percibidas entre 2009 y 2013, en concepto de servicios prestados como funcionaria en activo constante la relación de servicios.



2º Obligar a doña Genoveva a reintegrar esos salarios exige privar de efectos a unos actos declarativos de derechos como son todas y cada una de las nóminas percibidas, actos coherentes con su situación funcional en ese momento y que satisficieran su derecho individual a la retribución [cfr. artículo 14.d) del entonces vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, coincidente con el actual].

3º No cabe hablar, por tanto, y en términos sustanciales, de unos ingresos indebidos, pues eran debidos al retribuir un trabajo efectivo al dictarse los actos correspondiente constante la relación de servicios de doña Genoveva: el problema de la incompatibilidad con la pensión surge *a posteriori*, cuando se le abonan de una vez los atrasos de la pensión de jubilación referidos a los años 2009 a 2013, lapso de tiempo en el que, repetimos, percibió sus salarios con normalidad.

4º La consecuencia es que si la Administración entiende que esas retribuciones son indebidas y que procede su reintegro, no puede hacerlo con base en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015 pues cuando se pagan las nóminas a doña Genoveva no se incurrió en error alguno, ni material, ni de hecho, ni aritmético, sino que satisficieran su derecho funcional a ser retribuida.

5º Por tanto, la única vía admisible para reintegrar esos salarios será que la Jefatura Central de Tráfico se aventure a incoar un eventual procedimiento de revisión de oficio de esos actos declarativos de derechos que son las nóminas pagadas constante la relación de servicios, bien conforme al artículo 106 de la Ley 39/2015, si da con alguna causa de nulidad del artículo 47.1 de esa ley, o bien al amparo del artículo 107, esto es, declarándolos lesivos e impugnándolos jurisdiccionalmente.

6º De hacerlo, ya por una vía u otra, aparte de apreciar que concurren los presupuestos para iniciar ese procedimiento de revisión, deberá ponderar especialmente lo peculiar del caso, las circunstancias personales de la afectada y el origen -entre judicial y administrativo- de una incompatibilidad sobrevenida, más la posible improcedencia del ejercicio de esa potestad de revisión de oficio conforme a los límites que prevé el artículo 110 de la Ley 39/2015.

7º Por tanto, sin entrar en si el pago de los salarios fue indebido o no, se estima la demanda y su pretensión anulatoria, no por ausencia formal de procedimiento, sino porque lo que es contrario a Derecho es que se ordene el reintegro de esos salarios con base en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015 en relación con la Orden PRE/1064/2016.

QUINTO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

2. En cuanto a las de la instancia, no se hace imposición por razón de lo controvertido de la cuestión litigiosa (cfr. artículo 139.1 LJCA).

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Tercero, en relación con el Cuarto.1, se estima el recurso de casación interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO** contra la sentencia de 26 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso contencioso-administrativo 293/2017, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Cuarto.2, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Genoveva** contra la resolución de la Jefatura Central de Tráfico desestimatoria por silencio del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 1 de marzo de 2017 por el que se ordena el reintegro de haberes retributivos satisfechos a la actora hasta el límite de lo percibido en concepto de pensión de jubilación, relativo a los ejercicios 2009 a 2013.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.