

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

VIGO

SENTENCIA: 00033/2017

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE VIGO

Modelo: N11600

C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº2

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2016 0000987

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000518 /2016 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª: Carmelo

Abogado: ANTONIO MARTIÑO GOMEZ

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador D./D^a

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2 DE VIGO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 518/2016

SENTENCIA Nº 33/2017

Vigo, a 13 de febrero de 2017

Vistos por mí, D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo, los presentes autos de recurso contencioso administrativo, seguidos ante este Juzgado bajo el número 518 del año 2016, a instancia de D. Carmelo como parte recurrente , representada y defendida por el Letrado D. Antonio Martiño Gómez, frente al CONCELLO DE VIGO, representada y defendida por el Letrado de su Asesoría Jurídica D. Pablo Olmos Pita, contra la Resolución de 24 de septiembre de 2016 de la Alcaldía de Vigo, en relación a solicitud de "permiso retribuido" para ejercicio del derecho de "sufragio activo" en la jornada electoral del día 25 de septiembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Letrado D. Antonio Martiño Gómez, actuando en nombre y representación de D. Carmelo, mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, con fecha 22-11-2016 presentó recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 24 de septiembre de 2016 de la Alcaldía del Vigo, en relación a

solicitud de "permiso retribuido" para ejercicio del derecho de "sufragio activo" en la jornada electoral del día 25 de septiembre de 2016.

En el escrito de demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación, termina solicitando que se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se dicte sentencia anulando la resolución recurrida por resultar contraria a Derecho, y en tal caso, con reconocimiento de la indemnización a que se refiere el quinto de los hechos de la demanda, en el que se refiere la cuantía de 30.000 euros.

SEGUNDO: Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar el correspondiente expediente administrativo de la Administración demandada y citar a las partes a la celebración de juicio. Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente, a fin de que pudiera hacer las alegaciones que tuviera por conveniente, celebrándose la vista con arreglo a lo dispuesto en el art. 78 de la LJCA.

TERCERO: En el acto de la vista la parte demandante se ratificó en su demanda.

El Letrado del Concello de Vigo contestó al recurso, solicitando su desestimación, con imposición de costas al actor.

Practicada la prueba admitida, consistente en la reproducción de la documental ya obrante en las actuaciones, y más documental, siendo inadmitida la testifical, y tras el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

CUARTO: La cuantía del recurso objeto de enjuiciamiento se ha fijado en 30.000 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La parte demandante recurre en este procedimiento contencioso-administrativo contra el Decreto de 24 de septiembre de 2016 dictado por el Concejal delegado de Seguridad y Movilidad del Concello de Vigo, por el que se establecen determinadas condiciones en la prestación de servicio de los funcionarios policiales en la jornada del día 25 de septiembre, para el caso de que opten por acogerse al ejercicio de su derecho de voto dentro de su jornada de trabajo, en las elecciones autonómicas que se celebraron al día siguiente.

El recurrente presentó escrito en el Concello de Vigo el 15-9-2016 en relación al ejercicio del derecho de voto en las elecciones de 25-9- 2016. El Concejal delegado de Seguridad y Movilidad dictó el decreto de 24- 9-2016, sin atenderse según el demandante a la normativa general para el ejercicio del derecho de sufragio, siendo una resolución "tardía, genérica, imprecisa, inconcreta e insuficiente".

Se trata de juicios críticos de la parte actora de carácter puramente subjetivo, que por sí mismos no entrañan ningún motivo de nulidad o anulabilidad, y que además no se corresponden con el contenido del acto recurrido, que pone de manifiesto que en realidad, más que una respuesta al escrito del actor, consiste en el establecimiento de las condiciones de prestación de servicio por los agentes de la Policía Local el día de las elecciones, tanto económicas (apartado primero), como de tiempo concedido para el ejercicio del derecho al voto para el caso de los funcionarios policiales que opten por acogerse al ejercicio del derecho al voto en su jornada de trabajo, al efecto de que la Jefatura del Cuerpo Policial garantice el tiempo necesario para ese ejercicio, conforme a las reglas horarias que el propio Decreto especifica.

El mencionado decreto, lejos de cercenar el derecho al sufragio activo, lo que hace es facilitar su ejercicio, incluso dentro de la jornada de trabajo, para aquellos que opten por ejercerlo dentro de la misma, al margen de las posibilidades -intactas- de los agentes de ejercerlo fuera de la jornada o mediante voto por correo.

En cuanto a la escasa antelación entre la fecha del Decreto y la celebración de las elecciones, no es un motivo de nulidad y por sí misma no entraña ningún perjuicio apreciable a los destinatarios del decreto, al ser la mera concreción del tiempo indispensable concedido para el ejercicio del derecho al voto, para el caso de que lo quisiesen ejercer dentro de su jornada de trabajo, lo cual no requiere ser conocido con una antelación superior, ya que no implica un cambio en la jornada de trabajo, sino que es una mera especificación u objetivación del tiempo que se concede a cada funcionario policial para poder ejercer el derecho al voto presencial, para el caso de que pretenda ejercitarlo dentro de la jornada de trabajo.

Debe aclararse a este respecto que ni la Ley 2/2015 de Empleo Público de Galicia ni tampoco el Estatuto Básico del Empleado Público contemplan dentro de la relación de permisos de los funcionarios públicos el derecho a ausentarse del trabajo un número determinado y mínimo de horas para el ejercicio del derecho de sufragio activo. Se trata de una cuestión no regulada como permiso autónomo, sino que, a lo sumo, se podría subsumir o reconducir al permiso, contemplado en el artículo 48 j) del EBEP y 117 de la Ley 2/2015 de Empleo Público de Galicia, previsto "por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal (...)".

Este concepto de tiempo indispensable es concretado y especificado por el decreto recurrido, diferenciando diversas situaciones, para hacerlo compatible con las necesidades del servicio policial, incrementadas en la jornada electoral, y esa concreción se produce antes del día de las elecciones. Habida cuenta de que no estamos ante un permiso que permita ausentarse en la integridad de la jornada, de forma que el funcionario policial que tuviese asignado servicio el día de las elecciones lo tendría que seguir prestando (sin perjuicio del permiso de ausencia "por el tiempo indispensable", que el decreto concreta por razones de seguridad jurídica), no cabe apreciar el carácter tardío de la resolución denunciado en la demanda, ni que por el momento en que se dicta se obstaculice o impida el ejercicio del derecho al sufragio activo. Y por su contenido, lo que no se puede decir es que sea inconcreto, ya que delimita exhaustivamente la concreción del tiempo concedido para el ejercicio del derecho al voto, diferenciando diversos supuestos, lo que incrementa la seguridad

jurídica y permite ofrecer un mismo trato a situaciones análogas. Cuestión distinta es que el actor discrepe del contenido de esa concreción horaria. Pero esa discrepancia para tener alguna relevancia jurídica tiene que traducirse en la alegación y acreditación de que se vulnera alguna disposición legal o reglamentaria aplicable, cuestión que se examinará en el siguiente fundamento de derecho.

SEGUNDO : El recurrente alega la vulneración del derecho fundamental de sufragio activo (artículo 23 de la Constitución española). Se trata de una mera afirmación genérica y carente de fundamento: el acto recurrido, lejos de cercenar el derecho al sufragio activo lo que hace es facilitar su ejercicio, incluso dentro de la jornada de trabajo, para aquellos que opten por ejercerlo dentro de la misma, al margen de las posibilidades -intactas- de los agentes de ejercerlo fuera de la jornada laboral o mediante voto por correo.

Las concretas circunstancias del actor evidencian además el carácter temerario y malicioso de esa alegación, que es la que fundamenta su exorbitante pretensión indemnizatoria, ya que tuvo la oportunidad real y efectiva, facilitada por la jefatura, de desplazarse al colegio electoral para ejercer personalmente el derecho al voto en la jornada electoral, para lo cual incluso se le ofreció la utilización de vehículo policial, lo cual rechazó, como también eludió el uso de su propio vehículo, que tenía a su plena disposición, como se acredita al folio 8 del expediente (en el que se pone de manifiesto que entró con el mismo a las 20:51 horas del mismo día de las elecciones), como también optó, en ejercicio de su libre autodeterminación, por no ejercer el derecho al voto por la mañana, lo cual pudo hacer desde las 9:00 horas hasta las 14:30 horas, sin que nada ni nadie se lo impidiera, constando en la documental por él aportada que su jornada el día anterior finalizaba a las 22:30 horas, y se prolongó, por necesidades del servicio, un total de de 45 minutos. El actor optó por el uso de la línea de autobús L11, según sus propios alegatos y documental por él aportada.

Los motivos del actor para no utilizar el coche patrulla que se le facilitó ni su propio vehículo (del que disponía), y para no ejercer el derecho al voto fuera de su jornada y para elegir el medio de transporte - el colectivo urbano- que más tiempo iba a consumir

de su jornada para desplazarse al colegio electoral, no tienen relevancia jurídica y pertenecen a la esfera de su libre determinación personal. Pero lo que sí tiene relevancia jurídica es la consecuencia del rechazo del empleo de los medios propios -vehículo personal- y oficiales -coche patrulla que se le ofreció para el traslado al colegio electoral- que tuvo a su disposición para poder ejercer el derecho al voto presencial dentro de su jornada de trabajo; y esta consecuencia no es otra que la imposibilidad de atribuir al Concello la responsabilidad por la falta de ejercicio efectivo del derecho al sufragio activo, responsabilidad solo atribuible a las libres decisiones del actor y nunca a una decisión del Concello, y menos al decreto recurrido, que prevé no solo un tiempo de ausencia justificado dentro de la jornada, sino que el Jefe de Cuerpo podrá habilitar los medios de transporte adecuados propios del servicio para que los funcionarios que así lo soliciten puedan aprovechar más adecuadamente el tiempo otorgado.

Todo ello evidencia que era perfectamente posible que el recurrente, sin renunciar a su derecho al descanso, por él invocado, hubiese ejercitado su derecho al voto presencial por la mañana del día 25, hasta las 14:30 horas en que iniciaba su jornada, y no lo hizo por su sola y libre voluntad. Pudo también ejercitar el derecho al voto en su jornada de trabajo, y si no consiguió llegar al colegio electoral dentro del tiempo concedido no fue por la insuficiencia de este tiempo, sino por un comportamiento arbitrario, irracional e incompatible con la mínima diligencia que es esperable y reclamable de un funcionario municipal, especialmente un funcionario policial en una jornada electoral en la que se incrementa la carga de trabajo y responsabilidad de tales funcionarios -por la que perciben las correspondientes retribuciones extraordinarias, a las que también alude el decreto impugnado-. Tal comportamiento de rechazo del uso del vehículo patrulla que se le ofreció para el desplazamiento e incluso del uso de su propio vehículo (que aparece conduciendo el mismo día, poco después de cerrarse los colegios electorales), optando por el uso del transporte público a sabiendas de que a través del mismo el tiempo concedido por el Decreto no sería suficiente para la ida al colegio electoral y el regreso a su puesto de trabajo, debe ser valorado al amparo del artículo 7 del Código Civil, conforme al cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, previendo además que la ley no ampara el abuso del

derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Al amparo de este precepto, y en atención a las consideraciones expuestas, debe concluirse que la reclamación de 30.000 euros al Concello imputando al decreto impugnado la privación de la posibilidad de ejercicio de su derecho de sufragio activo, supone una transgresión de las exigencias propias del principio de buena fe y de la prohibición del abuso de derecho.

Debe tenerse en cuenta que el propio Decreto impugnado contempla que el Jefe de Cuerpo podrá habilitar los medios de transporte adecuados propios del servicio para que los funcionarios que así lo soliciten puedan aprovechar más adecuadamente el tiempo otorgado. Se trata de una previsión lógica, racional, amparada en la potestad de organización que le corresponde a la jefatura, a la cual están subordinados los agentes, y que permite conciliar el ejercicio del derecho al voto de los agentes con su disponibilidad en una jornada en la que esta es especialmente necesaria, por razón de su colaboración con el Cuerpo Nacional de Policía en el proceso electoral con la custodia de 33 colegios electorales. De este modo se facilita el ejercicio del derecho al voto, incluso dentro de la jornada, racionalizando ese ejercicio mediante el empleo de los medios necesarios para impedir que comporte un tiempo que exceda del imprescindible.

El tiempo de ausencia al que tiene el derecho el funcionario es solo y exclusivamente el imprescindible para un ejercicio racional del derecho de sufragio activo, en función de parámetros razonables y objetivos y los medios disponibles. Si la Jefatura proporciona -como sucedió en este caso- la posibilidad de utilizar medios de transporte propios del servicio, el tiempo que tiene derecho el funcionario a ausentarse será el propio de la utilización de esos medios, y no de otros que impliquen una mayor dilación.

No puede tener amparo ni acogida la pretensión de quien voluntariamente rechaza los medios y posibilidades de ejercicio del derecho al voto para después reclamar una indemnización alegando la imposibilidad de ese ejercicio, derivada exclusivamente de actos propios del agente reclamante. Una cosa es el derecho al sufragio activo y otra distinta es el derecho, inexistente, a que ese ejercicio se produzca necesariamente dentro de la jornada laboral y en la extensión horaria que el propio funcionario policial

considere oportuna, de tal forma que con el pretexto del ejercicio del derecho al voto presencial el funcionario policial emplee más tiempo que el indispensable para su ejercicio, ya que el derecho de sufragio activo presencial no comporta la facultad de eludir el tiempo de trabajo mediante la utilización de los medios de transporte que impliquen el mayor empleo de tiempo posible en el desplazamiento al colegio electoral, renunciando a los medios propios de desplazamiento plenamente disponibles, para invertir más tiempo del necesario y llegando incluso a rechazar el empleo de los medios de desplazamiento oficiales que la propia jefatura le puso a su disposición. El actor estaba en su derecho a rechazar el empleo de este medio o de su propio vehículo en ejercicio de su derecho de autodeterminación, pero debe asumir las consecuencias del ejercicio de su libertad, y no imputar al Concello la imposibilidad de ejercicio de su derecho al voto, ya que no existió tal imposibilidad, sino falta de ejercicio por la libre decisión del recurrente.

TERCERO: Estas consideraciones evidencian que el actor pudo ejercitar su derecho al sufragio activo mediante el voto presencial, antes de su jornada y durante su jornada, y que si no lo hizo, ello no es atribuible al decreto recurrido, lo que priva a la pretensión indemnizatoria de cualquier base o fundamento, ya que el decreto en cuestión ningún perjuicio le causó al actor, ni a ese derecho fundamental ni a ningún otro derecho subjetivo o interés legítimo.

En cualquier caso, y por lo que se refiere a la validez formal del decreto recurrido, que es, por lo dicho, plenamente respetuoso con el contenido de derecho fundamental de sufragio activo, debe darse respuesta a los alegatos de la demanda relativos a la Orden de 23 de agosto de 2016, señalando que esa Orden de la Consellería de Economía, Emprego e Industria regula el ejercicio del derecho al voto de las personas trabajadoras por cuenta ajena en las elecciones al Parlamento de Galicia, convocadas para el día 25 de septiembre de 2016 por el Decreto 92/2016, de 1 de agosto, de disolución del Parlamento de Galicia y de convocatoria de elecciones. Su ámbito de aplicación no comprende a los funcionarios policiales municipales, ya que se refiere a las personas trabajadoras por cuenta ajena y se dicta al amparo del artículo 37.2 d) del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, que contempla el derecho del trabajador a ausentarse " *por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica .*" Este régimen legal no es aplicable a los funcionarios policiales, a los que no se les aplica el Estatuto de los Trabajadores, sino el Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley de Función Pública de Galicia y demás legislación administrativa estatal y autonómica.

Sí es aplicable, en cambio, otra norma citada por el actor en su demanda, el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, el cual establece en su artículo 13 lo siguiente:

"1. La Administración del Estado o, en su caso, las de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en materia laboral, previo acuerdo con los Delegados del Gobierno, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, y las Administraciones públicas, respecto a su personal, adoptarán las medidas precisas para que los electores que presten sus servicios el día de las elecciones puedan disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto, que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida, se efectuará la correspondiente reducción proporcional del permiso.

2. En caso de personas que por estar realizando funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se deriven dificultad para ejercer el derecho de sufragio el día de las elecciones , las medidas precisas a adoptar irán destinadas a posibilitar que el personal citado disponga, en su horario laboral, de hasta cuatro horas libres para que pueda formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo ."

El Decreto recurrido no conculca el referido régimen jurídico, ya que garantiza que los agentes *puedan disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto*. El Decreto no otorga el derecho a cuatro horas libres, sino que establece un mandato genérico a las Administraciones para que adopten medidas para que su personal disponga de *hasta* cuatro horas (se fija un máximo, no un mínimo) para el ejercicio del derecho al voto dentro del horario laboral, lo cual se garantiza por el acto recurrido. Además, no se trata de un derecho absoluto, ya que en el apartado segundo contempla la posibilidad de que se den situaciones de personas que por estar realizando sus funciones en determinadas condiciones, se aprecie que existe dificultad para ejercer el derecho de sufragio el día de las elecciones, ante lo cual el deber ya no es facilitar la ausencia "hasta cuatro horas" el mismo día de las elecciones -supuesto en el que se elimina ese deber- sino adoptar "las medidas precisas" *"destinadas a posibilitar que el personal citado disponga, en su horario laboral, de hasta cuatro horas libres para que pueda formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo."*

En consecuencia, la normativa legal y reglamentaria aplicable no contempla un derecho absoluto de los funcionarios policiales a ausentarse de su puesto de trabajo el día de las elecciones en un número mínimo de horas, sino el derecho a ausentarse el tiempo que sea indispensable para ese ejercicio (sin que exista un mínimo legal predeterminado aplicable a los funcionarios policiales municipales), el día de las elecciones -para el voto presencial- o si no es posible, el derecho a ausentarse, el tiempo imprescindible, " *para formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo."*

El Decreto respeta los términos de la normativa aplicable, no incurre en ninguna infracción legal ni reglamentaria, no conculcó ningún derecho subjetivo ni interés legítimo del actor, facilitó el ejercicio del derecho de sufragio activo, y no le generó

ningún daño que pueda motivar una pretensión indemnizatoria como la ejercitada en la demanda.

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso, declarando la validez de la resolución recurrida y el carácter temerario de la demanda presentada, debiendo recordarse a estos efectos que, conforme establece el artículo 7 del Código Civil, los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo, que son pautas interpretativas que permiten calificar la existencia de temeridad y mala fe en la demanda presentada por el recurrente, vistas las facilidades que se le dieron para la efectividad de su derecho al sufragio activo y su comportamiento obstativo y renuente frente a las mismas.

CUARTO: De conformidad con el artículo 139 de la LJCA 29/1998, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, 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.

La desestimación del recurso determina la procedencia de la imposición de las costas procesales a la parte actora, de forma íntegra, sin ninguna limitación por la concurrencia de temeridad y mala fe.

FALLO

Que debo **DESESTIMAR Y DESESTIMO** el recurso contencioso- administrativo, presentado por D. Carmelo contra la Resolución de 24 de septiembre de 2016 del Concelleiro delegado de seguridade e mobilidade del Concello de Vigo, y declaro que

el decreto recurrido es conforme a Derecho, y que no ha lugar a ninguna indemnización al recurrente.

Todo ello con la imposición de las costas procesales a la parte actora, en su integridad y sin ninguna limitación, en los términos del fundamento de derecho cuarto.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer ningún recurso ordinario. Procédase a remitir testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así lo acuerda, manda y firma D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha, doy fe.