

**Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Galicia de 24 de Marzo de 2011 (rec.160/2010)**

**Encabezamiento**

**T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00341/2011**

**PONENTE: D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

**RECURSO: RECURSO DE APELACION 160/2010**

APELANTE: CONCELLO DE COSTELO

APELADO: Luis Angel

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos./as. Sres./as. D./D<sup>a</sup>**

**FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.**

**DOLORES RIVERA FRADE**

**JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

A CORUÑA , veinticuatro de Marzo de dos mil once .

En el RECURSO DE APELACION 160/2010 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por el CONCELLO DE COSTELO , dirigido por el letrado don MANUEL RODRIGUEZ RODRIGUEZ, contra SENTENCIA de fecha dieciocho de Noviembre

de dos mil nueve dictada en el procedimiento PA 360/2009 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA sobre PROLONGACION SERVICIO ACTIVO. Es parte apelada don Luis Angel, representada por el procurador don ANTONIO PARDO FABEIRO y dirigido por el letrado don Luis Angel.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .-** Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "1. Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Luis Angel, contra la resolución dictada el 24 de abril de 2009, por el Alcalde del Concello de Costelo, por el que se deniega la solicitud

de prolongación de permanencia en el servicio activo del recurrente y se dispone su cese en su puesto de trabajo el día 14 de mayo de 2009, por jubilación . 2. Se anula y deja sin efecto dicha resolución por no resultar ajustada a Derecho y, en su lugar, y como situación jurídica individualizada, se reconoce el derecho del recurrente a permanecer en el servicio activo hasta los 70 años de edad como máximo, con los derechos económicos y administrativos que de tal reconocimiento haya de seguirse, con derecho al abono de las retribuciones dejadas de percibir, así como con las demás consecuencias accesorias, así como al abono de los intereses devengados. 3. No se hace expresa imposición de costas".

**SEGUNDO** .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO** .- Es objeto de apelación la *sentencia dictada el 18 de Noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.uno de Santiago de Compostela* sobre Prolongación del Servicio activo.

El recurso de apelación se fundamenta en los siguientes motivos:

a) La sentencia de instancia considera que la prórroga del servicio activo es de concesión reglada, conculcándose la aplicación directa del art. del art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con el alcance de sus Disposiciones Final Primera y Final Segunda, que únicamente imponen el requisito de motivación de la resolución que dicte la Administración, pudiendo aceptarse o denegarse la solicitud del afectado. Las disposiciones citadas en las sentencias previas al Estatuto Básico del Empleado Público ( *EBEP* ) *han de considerarse derogadas por la Disposición Final 4ª de éste*. Se trajo a colación la *Sentencia de esta Sección de 21 de Octubre de 2009 (rec.531/2008)* ). Además el Decreto Legislativo 1/2008 refunde entre otras, las modificaciones operadas por Ley 8/1999, de 20 de Diciembre sobre posibilidad de prórroga del servicio activo, sin que pueda prevalecer una Resolución del Conselleiro de Presidencia 7 de Febrero de 1997 dictada dos años antes para remitirse a la normativa estatal supletoria.

Y, en consecuencia, considera que el único límite a la discrecionalidad de la Administración local es que se dicte una Resolución expresa y motivada, sin quedar limitada la posibilidad de denegación a las dos causas tasadas indicadas en la sentencia.

b) La motivación consignada en la Resolución recurrida se vincula a la eficacia y eficiencia en la Administración Pública, particularmente por la inadaptación del Secretario a los cambios tecnológicos, subrayando que en la fecha de jubilación existían un total de 34 borradores de actas sin aprobar, algunas de ellas de hasta ocho meses, lo que encierra "un verdadero y grave incumplimiento de las funciones inherentes a cargo de secretario municipal, porque, no debemos olvidar que la fe pública es una de las funciones del mismo", se añadió que el Secretario no acudió a ninguno de los cursos formativos, y que "no es capaz de emitir a tiempo los informes que son preceptivos", así como "una total falta de atención e interés en el desarrollo de sus funciones".

Por la parte apelada, recurrente en primera instancia, se insistió en el acierto de la sentencia apelada, y se afirmó que ante la falta de desarrollo de la previsión del *art.49.2 de la Ley de la función pública gallega, resultará aplicable la Resolución de 31 de Diciembre de 1996 de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, reforzándose la vigencia de ésta por lo dispuesto en la Disposición Final del EBEP* . Y por ello considera que la motivación es requisito obligatorio pero no suficiente ya que sólo existirían dos causas de exclusión del derecho del funcionario a permanecer en el servicio activo más allá de los 65 años, bien que no solicite la prolongación con al menos dos meses de antelación, o bien que no cumpla con la edad requerida de 65 años. Además se señaló que la decisión municipal impugnada le ocasionó indefensión ya que no medió audiencia previa al afectado, con lo que se vulnera el derecho al cargo del *art.23.2 de la Constitución* , la presunción de inocencia y el derecho al procedimiento. A ello se suma la vulneración del derecho a igualdad pues en la vista le fue denegada la documental idónea para ello. Finalmente se insistió en la desviación de poder y fraude de ley, así como la omisión del procedimiento sancionador para tomar la medida adoptada.

**SEGUNDO** .- Con carácter previo, hemos de precisar la normativa aplicable a la prolongación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos.

Inicialmente dicha cuestión se encontraba recogida en el *artículo 107 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre* , que modificó el *artículo 33 de la Ley 30/84, de 2 de agosto* , con la siguiente redacción: "La jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad. Las Administraciones Públicas dictarán las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho. De lo dispuesto en el párrafo anterior quedan exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación "

Por su parte, la *Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 13/96* dispuso lo siguiente: 1. La prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo hasta que cumplan, como máximo, los setenta años de edad para los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas conforme a lo establecido en el *art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública* , será de aplicación a partir de 1 de enero de 1997; 2. Los funcionarios civiles de la Administración General del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella podrán optar por la prolongación de la permanencia en el servicio activo a que se refiere el párrafo anterior, mediante escrito dirigido al órgano competente para acordar su jubilación con una anticipación de dos meses, como mínimo, a la fecha en que cumplan los sesenta y cinco años de edad, entendiéndose reconocida por la Administración Pública correspondiente la referida prolongación si no notificara a los interesados resolución expresa y motivada en contrario antes de los quince días que precedan a aquella fecha; 3. Se faculta al Secretario de Estado para la Administración Pública para dictar las normas complementarias de procedimiento que permitan la aplicación de la medida citada a los funcionarios aludidos en el párrafo precedente y a partir de la fecha señalada en el párrafo primero de esta disposición; 4. El párrafo primero de la presente disposición adicional tendrá carácter básico, de conformidad con el *artículo 149.1.18 de la Constitución Española* "

En aplicación de tales preceptos se dictó la Resolución de la Secretaría de

Estado para la Administración Pública de 31 de diciembre de 1996, que supeditó la posible negativa a la petición de prolongación de la permanencia en el servicio activo a sólo dos circunstancias: la carencia del requisito de la edad o el incumplimiento por el interesado del plazo de petición.

Posteriormente, el *artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril*, dispone: "La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad. No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación".

**TERCERO** .- La primera cuestión que se plantea en la presente apelación es si el *artículo 67.3 del EBEP* es directamente aplicable al caso debatido o si, por el contrario, mientras no se dicten las Leyes de la Función Pública de desarrollo del Estatuto, la materia que nos ocupa se rige por la normativa anterior ( *artículo 33 de la Ley 30/1984*, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, *disposición adicional séptima de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre* y resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 31 de Diciembre de 1996), como sostiene el recurrente y la sentencia apelada.

Pues bien, la aplicación directa del art.67.3 se revela inexcusable en línea con el criterio ya sentado por la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 2010 (rec. 18/2008)*, en armonía con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias de 15 de Marzo del 2010 (rec. 35/2009), la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria de 23 de Julio del 2010 (rec. 166/2009) y la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 13 de Octubre de 2010 (rec.161/2009) y con lo que a continuación precisamos.

Así pues, la *Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de Abril*, establece que: "1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado.- 2. No obstante, lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.- 3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto."

Pues bien, el *artículo 67.3 de la Ley 7/2007*, se encuentra incluido en el Capítulo II "Pérdida de la Relación de Servicio" del Título IV "Adquisición y Pérdida de la relación de servicio", por lo que dicha normativa entró en vigor en el plazo de 1 mes desde la publicación de la Ley 7/2007 en el BOE, sin que, consecuentemente, dicho precepto quede supeditado para la producción de efectos a la entrada en vigor de las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del citado Estatuto. Tampoco la normativa que regula la posibilidad de permanencia en el servicio activo de un funcionario una vez cumplidos los 65 años es incardinable en el *apartado tercero de la Disposición Final Cuarta, por no tratarse, propiamente, de normas sobre ordenación,*

*planificación y gestión de recursos humanos, únicas disposiciones anteriores que el EBEP prevé que se mantengan en vigor hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, siempre, claro está, además, que no se opongan a lo establecido en el Estatuto. Es más, la Disposición Derogatoria única deroga, en lo que aquí interesa, con el alcance establecido en la disposición final cuarta, el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública .*

Abundando en este criterio la *Sentencia de esta misma Sección de 13/10/2010 (rec.161/2009 )* precisó que "En consecuencia, el artículo 67.3 de la Ley 7/2007 es de aplicación plena y directa (...) No es óbice a lo razonado la invocación a la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, ya que, como en la propia resolución se precisa, su justificación viene determinada por la necesidad de dictar unas Instrucciones generales que contengan los criterios de interpretación necesarios para lograr una actuación coordinada y homogénea de los responsables de la gestión de los recursos humanos, a consecuencia de la entrada en vigor el 13 de mayo del Estatuto Básico del Empleado Público fundamentalmente en relación con aquellos preceptos que están en vigor y por tanto son directamente aplicables en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, así como preceptos de la normativa de función pública que permanecen vigentes hasta que se apruebe la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (en adelante Ley de Función Pública de la AGE), en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP y, en relación, con determinadas materias del régimen de función pública respecto de las cuales el Estatuto introduce algunas novedades bien desde su entrada en vigor, bien una vez aprobada la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, por lo que la Secretaría General para la Administración Pública, en ejercicio de las competencias que le están atribuidas en el artículo 8.a) del Real Decreto 9/2007, de 12 de enero , dicta tales instrucciones.

Tal ámbito de aplicación determina que la instrucción número 8.d) que mantiene la vigencia del artículo 33 de la Ley 30/1984 sobre jubilación forzosa de los funcionarios públicos con carácter transitorio, en tanto no se regulen los requisitos y condiciones de las modalidades de jubilación previstas en el EBEP, no sea de aplicación cuando de una Administración Local se trata como es el supuesto que nos ocupa.

Entendiendo que es plenamente vigente y de directa aplicación al caso concreto el artículo 67.3 del EBEP , el Ayuntamiento apelado ostenta una facultad de decisión respecto de la solicitud del Sr. Maximiliano a la hora de aceptar o denegar la prolongación de permanencia en el servicio activo, tan sólo condicionada a que la expresión de su motivación, con la finalidad, sin duda, de evitar que una potestad discrecional no sea ejercitada de modo arbitrario.

Consecuentemente con lo expuesto, la normativa a aplicar es el artículo 67.3 del EBEP , y no el artículo 33 de la Ley 30/1984 (que ha sido derogado) ni la normativa antes mencionada que se limita a desarrollar el citado artículo 33 de la Ley 30/1984 ."

Por tanto, el razonamiento seguido por el juzgador de instancia no podemos compartirlo en cuanto soslaya la aplicación directa y en sus precisos términos, del art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público.

**CUARTO** .- Una vez sentado el parámetro normativo aplicable al meollo de la cuestión litigiosa, que viene dado por el citado *art.67.3 EBEP* , hemos de comprobar si el Ayuntamiento de Costelo ha hecho uso correcto del mismo respecto de la solicitud del que fuere secretario general para prolongar el servicio activo. Sobre la interpretación del citado artículo hemos de precisar:

a) La aceptación o denegación de la prolongación del servicio activo es una potestad discrecional.

b) Tal potestad discrecional queda en manos de la Administración Pública competente vinculada a su potestad de organización del servicio y recursos humanos en relación con las condiciones del solicitante.

c) Como toda potestad discrecional cuenta con limitaciones, tanto las relativas a la exigencia de motivación, como la observancia de los derechos fundamentales y principios generales del Derecho, particularmente la interdicción de la arbitrariedad.

La exigencia de motivación : a) Se encarece si se deniega la prolongación del servicio activo (reviste mayor entidad que si se concede, por fuerza del *apartado a) del art.54 de la Ley 30/92* ), como ocurre en el caso de autos en que se deniega al secretario municipal la prolongación al servicio activo; b) Se encarece igualmente si supone apartarse del precedente o conculca el principio de igualdad, por la fuerza del *apartado c) del art 54 de la Ley 30/92* , como en el caso de autos en que se ha probado que los únicos casos traídos a los autos fueron concedidos automáticamente sin motivación explícita alguna y c) Sólo puede reputarse motivación idónea la congruente con la finalidad de la potestad y que no comporte una actuación material fuera del procedimiento legalmente establecido.

Hemos de subrayar que la motivación para denegar la prolongación al servicio activo ha de referirse forzosamente a criterios objetivos, vinculados bien a las necesidades organizativas o presupuestarias de la Administración (eventual amortización de la plaza o reconversión de los requisitos del puesto) o bien a la incapacidad funcional del funcionario (similar al despido por causas objetivas del ámbito laboral), pero en modo alguno puede sortearse la potestad disciplinaria, con su corte de garantías y efectos, mediante un procedimiento simplificado y materialmente de gravamen como es la denegación de la prolongación del servicio activo.

Sin embargo, y ya descendiendo al caso concreto de autos, lo cierto es que el examen de la Resolución de la Alcaldía de 24 de Abril de 2009 que deniega la prolongación en el servicio activo del recurrente, incorpora formalmente una motivación concreta y detallada, y materialmente no se centra en conductas merecedoras de corrección disciplinaria sino mas bien en evidenciar la falta de adaptación continuada a la estructura de la Secretaria y necesidades objetivas de la misma, o en otras palabras, una falta de adaptación funcional del Secretario recurrente. A este respecto, la Resolución de la Alcaldía se apoya en el estudio previo de la Diputación Provincial del año 2006 que ponía de relieve "la escasa capacidad de adaptación a los cambios del Sr. Luis Angel, a pesar de la existencia de plan de formación de funcionarios tanto por la Diputación Provincial como por la Xunta de Galicia que permitiría adquirir los conocimientos necesarios para desempeñar el trabajo"; además se insiste en la persistencia del recurrente "en el uso de una aplicación diferente y menos avanzada para la realización de las actas", situación que perturba la eficacia municipal hasta el punto de existir actas de la Junta de Gobierno Local con un atraso de 10 meses (folios 24 a 26 expte.). Esta simple pero relevante

circunstancia (al margen de la cita añadida de la falta de emisión en tiempo de informes por el Secretario, y que sí pudiera merecer reproche disciplinario complementario si se acreditase) demuestra una incapacidad funcional en la adaptación a la tecnología informática elemental exigida para el desarrollo eficaz de su puesto de trabajo, y una resistencia a superarla, pese a facilitar la Administración su formación, todo lo cual constituye motivación suficiente a los efectos de la denegación de la prolongación en el servicio activo del recurrente.

**QUINTO** .- Por otra parte, la insistencia del recurrente en su derecho al cargo y a conservarlo derivado del *art.23.2 de la Constitución* olvida que el mismo tiene la extensión que le marcan las leyes y particularmente el citado *art.67.3 del EBEP* que, por lo expuesto anteriormente, cuando se trata de la prolongación del servicio activo nos sitúa ante una expectativa cualificada a reserva del juicio discrecional pero motivado de la Administración correspondiente, con lo que existe amparo legal expreso para la decisión aquí impugnada. En suma, el derecho al cargo tiene el alcance que le marcan las leyes y no por encima de ellas según el particular criterio del afectado.

**SEXTO** .- También subraya el recurrente la lesión de su derecho al procedimiento. Ahora bien, la decisión sobre la prolongación en el servicio activo se inscribe en un procedimiento administrativo general, simple y simplificado, sin naturaleza sancionadora, por lo que queda sin sentido la alegación relativa a la presunción de inocencia que es propia de expedientes sancionadores, al igual que la posible indefensión por falta de audiencia, ya que tal y como ha subrayado el Tribunal Constitucional la indefensión relevante no es la puramente formal sino la material o real, de manera que en el caso de autos, el recurrente tenía noticia sobrada de la situación y antecedentes de su situación (inadaptación informática, negativa a formarse, retraso en la confección de actas,etc), sin olvidar que además de renunciar a formular recurso de reposición potestativo, tanto en la vista oral de la instancia como en la presente apelación, ha podido alegar y probar en su derecho lo que consideró oportuno.

**SÉPTIMO** .- Tampoco puede atenderse la quiebra al principio de igualdad por el hecho de que a otros funcionarios se les hubiera concedido la prolongación del servicio activo, ya que no sólo no hay identidad del caso debatido con el término de comparación plural (otros tres funcionarios municipales con distinto cargo y condiciones a las aquí debatidas) sino que es sabido que de los precedentes la Administración puede apartarse si incorpora motivación para ello, como es el caso, en que la Resolución denegatoria incorpora una extensa y singularizada motivación para la denegación de la prolongación del servicio activo.

**OCTAVO** .- Finalmente, el fraude de ley y la desviación de poder se desploman tanto ante la razonable y razonada motivación incorporada al acto impugnado como a la falta de prueba de ánimo en autoridad alguna de pervertir o abusar de la potestad discrecional relativa a la prolongación del servicio activo para una finalidad distinta.

En consecuencia, hemos de revocar la sentencia apelada y en su virtud confirmar el acto administrativo impugnado.

**NOVENO** .- No procede la imposición de costas.

**Vistos** los preceptos de general aplicación,

**FALLAMOS:**

ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL AYUNTAMIENTO DE COSTELO FRENTE A LA A *SENTENCIA DICTADA EL 18 DE NOVIEMBRE DE 2009 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM.UNO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA* .

REVOCAR DICHA SENTENCIA CON LA CONSIGUIENTE DESESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR D. Luis Angel CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA ALCALDÍA DE COSTELO DE 24 DE ABRIL DE 2009, POR LA QUE SE DENIEGA SU PETICIÓN DE PROLONGAR SU SERVICIO ACTIVO, COMO SECRETARIO GENERAL DE DICHO AYUNTAMIENTO HASTA LA EDAD DE 70 AÑOS..

CADA PARTE CORRERÁ CON SUS PROPIAS COSTAS.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintitrés de marzo de dos mil once.