



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (Ra 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

PLENO DE LA SALA

RECURSO DE APELACIÓN N° 229/2014 INTERPUESTO FRENTE A LA SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 2014 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 2 DE ZARAGOZA, DICTADA AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 42/2014.

SENTENCIA NÚMERO DE 2015

En Zaragoza a 22 de julio de 2015, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

PRESIDENTE.

D. JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR, PONENTE DE ESTA RESOLUCIÓN.

MAGISTRADOS.

D. FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS.

D. EUGENIO ESTERAS IGUACEL.

D. JESÚS MARÍA ARIAS JUANA.

D. JAVIER SEOANE PRADO.

D^a ISABEL ZARZUELA BALLESTER.

D^a. NEREA JUSTE DIEZ DE PINOS.

D. LUIS PASTOR EIXARCH.

D^a CARMEN SAMANES ARA.

D. JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO.

D. IGNACIO MARTÍNÉZ LASIERRA.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Apelante representado por la Procuradora D^a. Isabel María Jiménez Millan y defendida por el Letrado D. José Manuel Aspas Aspas.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



Apelado el Servicio Aragonés de Salud del Gobierno de Aragón representado y defendido por el Letrado del indicado Servicio.

SEGUNDO: Actuación administrativa recurrida.

Orden de 13 de diciembre de 2013 del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 28 de junio de 2013 por la que se desestima la solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo.

Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 17 de diciembre de 2013 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el actor contra la Resolución de 31 de julio de 2013 del Gerente del Sector de Zaragoza III , por la que se declara la jubilación forzosa del actor por edad.

TERCERO: Resumen y parte dispositiva de la resolución judicial recurrida.

1) El apelante es Médico de Atención Primaria, personal estatutario fijo, con destino en el Servicio Aragonés de Salud, del Gobierno de Aragón, Equipo de Atención Primaria de la Zona de salud, Centro en el Sector III de Zaragoza, a pesar de haber cumplido los 65 años la Administración le fue prorrogando el servicio activo hasta que se dictaron los actos recurridos. Previamente el 31 de mayo de 2013 había presentado solicitud de prórroga de permanencia en el servicio activo, de conformidad a la Disposición transitoria Primera, 3 y Disposición Final Primera, 6 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/2012 de 4 de octubre de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



2) Frente a la no prolongación en el servicio activo y la jubilación forzosa por edad, interpuso recurso contencioso administrativo **que fue desestimado por la Sentencia que es objeto de este recurso de apelación.**

3) En la Sentencia se sostiene que la aplicación de la D.Tª 1ª de la Ley 7/2012, no vulnera el principio de irretroactividad de actos perjudiciales, ni el principio de seguridad jurídica. No hay derecho subjetivo a la prolongación de funciones (STS de 10 de julio de 2014, entre otras) y en menor medida hay derecho a que esa prolongación sea hasta los 70 años que es un tope máximo. No existe esa vulneración, siquiera en situaciones en que de hecho se ha producido una prolongación de funciones, pues la regulación que determina que pueda no prorrogarse el servicio se aplicará siempre a situaciones futuras, incluso para revisar situaciones ya concedidas (STSJ de la Rioja de 19 de diciembre de 2012). Por ello entiende que no es inconstitucional.

4) Considera que no ha existido un acto tácito de concesión de la prolongación del servicio (cuando solicitó la prolongación 8 de julio de 2011), sino a lo sumo un acto presunto, con silencio negativo, bien de conformidad a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley 30/92, pues la estimación haría que se transfirieran al solicitante, facultades relativas al servicio público, o bien aplicando la normativa específica de regulación de plazos del R.D. 1777/1994, por que concede retribuciones y el sentido del silencio en este caso es negativo según el art. 2.k de esta última norma. En cualquier caso si existiese una concesión presunta o expresa, la misma estaría limitada hasta la entrada en vigor de la ley 7/2012 y sólo tendría una vigencia anual. Dicho de otro modo se ha mantenido en el servicio activo hasta que no ha sido jubilado.

5) No hay vulneración del art. 33.3 de la Constitución al no ser un derecho patrimonializado (STS de 10 de julio de 2014).



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



6) Entiende que la no prolongación en el servicio activo está justificada, por la aprobación previa del Plan de Ordenación de Recursos Humanos –PORH- (BOA 3 de mayo de 2013) y por los informes que constan en el expediente de los que se deduce que hay 46 aspirantes en la Bolsa de empleo interino que podrían sustituir al recurrente.

7) Y razona que incluso una eventual nulidad del PORH, no determinaría la nulidad de los actos recurridos y que por tanto no hay prejudicialidad, esto es no debe de suspenderse la resolución de este proceso hasta la resolución de las impugnaciones directas contra el PORH. Y todo ello en base a los siguientes razonamientos: La regla general es la jubilación a los 65 años. No hay un derecho subjetivo a esa jubilación. Debe de motivarse tanto la concesión, como la denegación de la prolongación en el servicio activo. Sin PORH, es posible también denegar la prolongación de servicio, si hay motivación para ello. Entiende que lo contrario sería un trato discriminatorio respecto de los funcionarios sometidos al Estatuto Básico de Empleo. Considera más bien que la ausencia de Plan determinaría –dado que se trata de una excepción-, la imposibilidad de prolongar el servicio.

8) Añade a los razonamientos dados que existe un ahorro económico y de renovación de plantillas, con la medida discutida, que no comparte la nulidad del PORH y que no ha sido acreditado que con la no prolongación del servicio activo se perjudique la calidad asistencial.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte apelante.

Estimar el recurso de apelación, revocando la Sentencia recurrida.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



Estimar la demanda interpuesta, con nulidad de los actos recurridos y reconocimiento de la situación jurídica individualizada declarando la prolongación de la permanencia en el servicio activo a partir del 1 de agosto de 2013, reincorporación en el puesto de trabajo del que fue cesado y adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación alterada, condenando a la Administración y al Salud solidariamente a abonar las retribuciones que ha dejado de percibir desde el 1 de agosto de 2013, hasta la reincorporación o hasta la jubilación con los intereses legales hasta su completo pago en concepto de indemnización.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

- 1) Reitera que la aplicación al caso de la D.Tª. 1ª de la Ley 7/2012, es contraria al art. 9.3 de la Constitución.
- 2) Considera que la Administración dictó un acto tácito, por lo tanto al revocarlo debió de seguir el procedimiento previsto en el art. 103 de la Ley 30/1992.
- 3) La jubilación conlleva una actuación expropiatoria sin indemnización.
- 4) No está justificada la no prolongación de funciones.
- 5) Entiende que hay causa de suspensión por prejudicialidad (art. 43 de la LEC), respecto de los recursos PO 156/2013 Y 159/2013 que se tramitan ante este mismo Tribunal, contra el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 9 de abril de 2013 por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Aragonés de Salud en materia de jubilación y prolongación de la permanencia en el servicio activo. Y que las Sentencias alegadas que determinan que no hay un derecho subjetivo a la jubilación a los 70 años, no deben de aplicarse al presente caso, donde el actor ya ha sido autorizado implícitamente a esa prolongación de servicio.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



6) La decisión de no amortizar la plaza va en contra de los actos propios de la Administración y no es más económica y eficiente.

7) No ha resuelto el Juzgado el examen de la incidencia de la Resolución de 2 de mayo de 2013 de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, que regula el procedimiento para la prolongación de la permanencia en servicio activo al cumplir la edad ordinaria de jubilación forzosa en el recurso.

SEXTO: Pretensiones de la parte apelada.

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia apelada.

SÉPTIMO: Procedimiento.

Se admitió la apelación el 19 de noviembre de 2014.

Por Providencia de 19 de junio de 2015, se acordó que este asunto se resolviese por el Pleno de este Tribunal y se señaló para votación y fallo el 15 de julio de 2015, designándose ponente al Presidente de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: La retroactividad y la revocación de un acto tácito. Expropiación sin indemnización.

Considera la parte apelante que la aplicación al caso de la D^a. Transitoria Primera y Disposición Final Primera de la Ley 7/2012 de 4 de octubre de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria, es contraria al principio de seguridad jurídica al tener aplicación retroactiva.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



La Disposición Final da una nueva redacción a la Disposición Adicional Decimonovena del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, del Gobierno de Aragón y dice:

«1. Antes de cumplir la edad de jubilación forzosa, el funcionario podrá solicitar la permanencia en el servicio activo, como máximo, hasta cumplir los setenta años de edad. La Administración deberá resolver de forma motivada, en el plazo máximo de un mes, sobre su aceptación o denegación atendiendo a los siguientes criterios:

- a.- Causas organizativas, funcionales o presupuestarias, derivadas de la necesidad de racionalización de la estructura de puestos de trabajo y de estabilidad en la ordenación del personal de las Administraciones Públicas.*
- b.- La permanencia en la situación de servicio activo o en situaciones administrativas con reserva de puesto de trabajo en los últimos tres años.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la prolongación de la permanencia en el servicio activo se concederá al funcionario cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar derecho a pensión de jubilación. La renovación no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma.

3. La resolución de aceptación estará supeditada, en todo caso, a la realización del correspondiente reconocimiento médico, que deberá emitir un juicio de aptitud respecto a la capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias de la Escala o Clase de Especialidad que corresponda. En el caso de informe negativo, o si el solicitante no se somete al reconocimiento, se emitirá resolución de jubilación forzosa.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



4. *La resolución de aceptación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo se concederá por un año, siendo objeto de revisión anual mediante el correspondiente procedimiento iniciado de oficio, emitiéndose por el órgano competente resolución de prórroga de la misma o de jubilación forzosa según proceda, atendiendo y fundamentando ésta según lo dispuesto en el apartado primero y siempre que quede acreditada, mediante el correspondiente reconocimiento médico, la capacidad funcional.*

5. *Transcurrido el plazo de resolución sin que el órgano competente la hubiese dictado expresamente, se entenderá desestimada la solicitud, a los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

6. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación al personal estatutario que preste servicios en el Servicio Aragonés de Salud, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco del correspondiente plan de ordenación de recursos humanos”.*

Y la Disposición Transitoria Primera dice:

Solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo a la entrada en vigor de esta Ley.

1. *Lo dispuesto en la disposición final primera será de aplicación, además de a las solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo que se presenten a partir de su entrada en vigor, a los funcionarios que la tuviesen concedida, así como a aquellas solicitudes presentadas sobre las que aún no se hubiera dictado resolución expresa sobre su aceptación o denegación.*

2. *La revisión anual de la prolongación de la permanencia en el servicio activo de las solicitudes que hayan sido concedidas se realizará a partir de los tres meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley.*





3. El personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud que, a la entrada en vigor de la Ley, hubiere cumplido los 65 años y desee prolongar su permanencia en el servicio activo, deberá presentar la preceptiva solicitud en los términos y plazos previstos en el procedimiento que se establezca en desarrollo de lo establecido en la disposición final primera”.

Pues bien –compartiendo los argumentos de la Sentencia apelada-, se ha de indicar en este caso, dos cuestiones para desestimar el motivo de impugnación. La primera, que la regulación general que permite limitar la posibilidad de prolongación en el servicio activo más allá de la edad de jubilación, no es contraria al principio de seguridad jurídica y por lo tanto no es anticonstitucional. Los derechos de los funcionarios son creados y sometidos a un régimen estatutario, que puede ser modificado por la misma norma que los crea y que salvo situaciones consolidadas, no genera derechos adquiridos (STC 99/1987).

Que el derecho a la prolongación en servicio activo tras cumplir la edad de jubilación no es un derecho consolidado, lo ha dicho el Tribunal Constitucional, como lo ha dicho respecto de la misma edad de jubilación. Lo reseña el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de febrero de 2014, cuando dice:

Finalmente debemos añadir a mayor abundamiento, como ya hiciéramos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2013 (casación 426/2012 -F.D. 5º-), que el Tribunal Constitucional mediante Auto 85/2013, de 23 de abril, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6611/2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre , por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Destaca el Tribunal Constitucional que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes (FJ 6º).

Por tanto no podemos sostener que las dos disposiciones normativas que han sido reseñadas, puedan ser inconstitucionales, si no hay un derecho consolidado o subjetivo a esa prolongación de servicio. La Sala considera que no ha de plantearse cuestión de inconstitucionalidad.

De todas formas en el caso que estamos analizando, no se ha aplicado retroactivamente disposición alguna, por la sencilla razón de que se acordó la jubilación y la no prolongación del servicio, tras el dictado de las normas aludidas y cuando la Administración no había reconocido con anterioridad situación alguna. La mera solicitud sin resolución no genera el derecho que se pretende, pues el silencio administrativo, como la propia D.A. 19ª de la Ley de Función Pública dice, tiene sentido negativo. Basta en cualquier caso, reiterar como dice la Sentencia apelada lo dispuesto en el art. 42 de la Ley 30/1992, que impide reconocer efectos positivos al silencio, *“cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante, facultades relativas al dominio público o al servicio público”*. Y no otra cosa es la prolongación de funciones, tras la jubilación por edad.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia ya reiterada de 7 de febrero de 2014, cuando entiende en un caso similar que no ha habido reconocimiento tácito, sino mantenimiento del servicio, hasta la declaración de jubilación. Y dice:



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Aplicando estos precedentes al caso que se enjuicia resulta clara la procedencia de dar lugar a este motivo. La resolución impugnada -de 28 de julio de 2008- acordó, una vez que entró en vigor el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Instituto Catalán de la Salud (D.O.G.C. núm. 5174, de 16 de julio de 2008), la jubilación forzosa del Dr. Jose Ignacio con efectos de un mes contado a partir del día siguiente a su notificación, por lo que no supuso una aplicación retroactiva del Plan de Ordenación de recursos humanos, que ya estaba en vigor cuando se dictó el acto impugnado. Se mantuvo al recurrente en el servicio activo más allá del cumplimiento de los 65 años por lo que los efectos de la resolución impugnada se producen desde su declaración y no con efectos retrospectivos. Y, en ese momento, no hubo restricción alguna de un derecho individual del Dr. Jose Ignacio pues, como ya hemos razonado, no puede darse por sentado un derecho de prórroga hasta los 70 años, o por cinco años sino por periodos inferiores a ese máximo, o con el tope máximo de esa edad de 70 años. (...)

Una atención especial merece la situación en la que se encontraba el doctor Jose Ignacio en el momento en el que la resolución impugnada acordó su jubilación forzosa. A diferencia de otros precedentes resueltos por esta Sala no puede apreciarse aquí que el recurrente hubiera solicitado ni, en consecuencia, que la Administración sanitaria le hubiera reconocido en forma tácita, una prórroga en el servicio activo con una duración clara y específica de cinco años ni de ninguna otra duración, como se va a razonar para diferenciar el sentido de nuestro fallo de lo que hemos resuelto en casos semejantes (artículo 14 CE).

En primer lugar hay que tener en cuenta (Documento nº 4 del expediente administrativo) que sí se reconoce en la resolución de 28 de julio de 2008 que el recurrente había «obtingut la prórroga en el Server actiu de forma tácita» pero, a diferencia de lo que apreció esta Sala, por ejemplo, en nuestra sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 1699/2012), sólo consta en el petitum de la solicitud





15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



formulada por el recurrente el 2 de febrero de 2008 (Documento nº 2 del expediente) que éste solicitó que «s'acordi la prorroga en el Server actiu més enllà de l'edat de 65 anys d'acord amb la normativa esmentada».

A la luz de estos fundamentos de hecho debemos declarar que la situación de prórroga en el servicio activo más allá de la fecha del 2008, en que el doctor Jose Ignacio cumplió la edad de 65 años (hecho segundo de su demanda en instancia) no le fue reconocida tácitamente por el Instituto Catalán de la Salud -ni menos aún aceptada expresamente por dicho Instituto en el proceso de instancia o en esta casación- con una duración determinada. La cuestión queda reducida por ello a determinar sí en este caso ha habido, o no, una aplicación retroactiva del PORH. Se jubiló al demandante con efectos de un mes a contar de la notificación de la resolución impugnada por lo que, de acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, no hay retroactividad alguna. En consecuencia fue conforme a Derecho la declaración de jubilación que se impugna.

Evidentemente si no hay acto tácito, o dicho de otro modo, si la permanencia en el servicio activo sólo tiene amparo hasta la declaración de jubilación, no es preciso para que pueda dictarse de un previo procedimiento de revocación o revisión de acto declarativo de derechos, que no ha sido dictado.

De la misma manera y por los mismos razonamientos, no podemos sostener que la jubilación sea una actuación expropiatoria sin indemnización, al no estar consolidado este derecho.

SEGUNDO: La prejudicialidad respecto de los recursos en los que se impugna de forma directa el Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

Este motivo de impugnación decae y queda sin contenido, pues también se ha querido decidir por el Pleno de este Tribunal los dos recursos a los que hace





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



mérito el apelante los procedimientos ordinarios 156/2013 y 159/2013, que finalmente han determinado la nulidad de este Plan de Ordenación. Cuestión distinta –y entiende este Tribunal, la más relevante en esta apelación- es la incidencia que esta nulidad debe tener en relación al objeto de este procedimiento. Aspecto que debe de examinarse juntamente con la motivación del acto recurrido.

TERCERO: La motivación de la denegación de la prolongación del servicio. La denegación de la prolongación tras la nulidad del PORH.

La reciente STS de 9 de octubre de 2014 (rec. 1754/2013) condensa la doctrina más actual sobre la cuestión e indica:

1º) El art. 26.2 de la Ley 55/2003 (RCL 2003, 2934) no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, «en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos ». Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768) , de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984 (RCL 1984, 2000, 2317 y 2427) , modificado por el art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de derecho



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



debilitado, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

2º) El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación .

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece, como ya se ha dicho, una mera facultad del personal estatutario para solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo 70 años, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrente, el Servicio de Salud correspondiente, *"en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos"*. El legislador establece la posibilidad de que el interesado solicite su permanencia en el servicio activo con el límite máximo de 70 años pero no impone a la Administración la correlativa obligación de autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado alcance los 70 años, sino de autorizar esa permanencia en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación. Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo. Ello implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por períodos inferiores a ese máximo en función de la apreciación de las necesidades del servicio.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



En consecuencia, aún cuando esta Sala en sentencia de esta fecha ha anulado el PORH que regía en las fechas en que se han dictado las resoluciones aquí recurridas, ello no debe comportar automáticamente la invalidez de la denegación de la prolongación en el servicio activo, pues la afirmación del art. 26.2º de la Ley 55/2003 en el sentido de que la *"prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos"*, comporta que el plan de ordenación es necesario, para lo que se dice, es decir, para autorizar la prolongación en el servicio activo y no como aquí se infiere para concederla. Con ello hemos de separarnos de la doctrina que emanan las SSTs de 1 de julio de 2015 y de 29 de octubre de 2014, que consideramos no son de aplicación al caso, pues como reiteramos el PORH, es preciso para conceder la prolongación, no para denegarlas. Lo contrario sería desconocer el tenor literal de la norma que supedita la concesión de la prolongación de funciones a que existan necesidades en la organización. Pues como acontece en este caso la nulidad del PORH, no es debida a la inexistencia de esas necesidades, sino a una formulación parcial o sectorial del mismo, sin respeto a lo regulado en el art. 13 de la Ley 55/2003.

El Tribunal Constitucional se ha expresado con mayor rotundidad con respecto al juego de la regla general/excepción, en Auto Nº 85/2013, de 23 de abril :

"En particular nos interesa el previsto en el art. 26.2, segundo inciso, respecto del que es importante ahora destacar que la prolongación en el servicio activo en él prevista no opera de forma automática, sino que exige una autorización del servicio de salud "en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos".

Es decir, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



determinado personal y que tales razones se expliciten en la resolución autorizatoria. De la legislación de carácter básico se deduce así una regla general que categóricamente establece la jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los 65 años de edad, momento en que "se declarará la jubilación forzosa" (art. 26, apartado 2, inciso primero) y una posibilidad excepcional de prolongar la permanencia en servicio activo supeditada a varios condicionantes, tal como resulta del inciso segundo del mismo precepto. En efecto, el párrafo segundo del artículo 26.2 del Estatuto Marco, que aquí se entiende vulnerado, requiere cuatro requisitos para obtener la prolongación en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años:

1) La voluntariedad del interesado de continuar en servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, expresada mediante la correspondiente solicitud formal.

2) La limitación temporal de solicitar la prolongación, como máximo, hasta los setenta años de edad.

3) Reunir la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

4) La autorización por el servicio de salud correspondiente en función de las necesidades de la organización articuladas en un plan de ordenación de recursos humanos, erigido así en instrumento definidor, a estos efectos, de las necesidades de la organización sanitaria.

De esos cuatro requisitos se infiere sin dificultad que, como apunta el Fiscal General del Estado, la finalidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo responde a las necesidades de personal derivadas de la organización y de la adecuada prestación del servicio público sanitario a la población . Directa relación con esta previsión básica guarda la disposición





adicional decimotercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, intitulada " Jubilación forzosa del personal del Instituto Catalán de la Salud", según la cual la jubilación forzosa del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud se declara de oficio cuando la persona interesada cumple los sesenta y cinco años de edad, estableciendo que la prolongación en el servicio activo hasta los setenta años de edad, con la solicitud previa de la persona interesada, solamente puede autorizarse en casos tasados entre los que se encuentra el contemplado en su letra b) "Excepcionalmente, por necesidades asistenciales, mediante una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud que atienden a motivaciones específicas de necesidad asistencial al territorio o por el prestigio profesional de la persona interesada."

En conclusión, de la doctrina anterior se extrae con claridad que la regla general lo es la jubilación a los 65 años y la excepción lo es la prolongación en el servicio hasta los 70 años, siendo necesario para ello la autorización por el servicio de salud correspondiente, basada en razones de interés general y en función de las necesidades de la organización articuladas en un plan de ordenación de recursos humanos.

Lo relevante por tanto y a todos los efectos es determinar, si la denegación de la prolongación es o no un derecho subjetivo y ya se ha indicado que la más reciente doctrina del TS descarta ya el derecho subjetivo a la prórroga, configurándola *"a lo más como una especie de derecho debilitado, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud"*. Recordemos que la sentencia citada indica que *"no nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga"*.



15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



De lo anterior se infiere la necesidad de que la Administración justifique la denegación de la solicitud de prórroga, pero ya no puede sostenerse con tanta evidencia que la consecuencia de la deficiente o insuficiente motivación conlleve el reconocimiento de la prórroga.

La tesis de la parte recurrente es la de entender que sí, es decir, que se concedería la prórroga no tanto en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos, sino por no haberse motivado correctamente la denegación.

En este punto la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña interpreta que la falta de motivación de la denegación no puede comportar la concesión de la prolongación del servicio activo. La STSJC de 11 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 21150) (rec. 990/2010) se expresa en los siguientes términos:

"Queda claro por tanto a la vista de los argumentos dados por el Tribunal" (en referencia al TS) " no sólo que la jubilación del personal estatutario se establece de forma indubitada a los 65 años, siendo una posibilidad "excepcional" la prolongación en el servicio más allá de esta edad, sino que además, y es esto lo más interesante, que tal excepción requerirá la existencia de razones de interés general que se deberán contener en la resolución que la autorice.

Se interpreta por tanto en relación a la motivación, que la mera alusión al PORH será suficiente para acordar la jubilación del funcionario, siendo por el contrario necesario y exigible que exista un particular razonamiento respecto a las circunstancias de cada caso concreto cuando se acuerde la excepción, es decir cuando se disponga la prolongación en el servicio más allá de los 65 años

Y es que es la excepción y no la regla general la que exige de la motivación adecuada



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Y es que como también añade el Tribunal Constitucional, la jubilación se declarará de oficio, mientras que la prolongación aquí denegada sólo habrá de autorizarse en "casos tasados" por lo que en buena lógica será entonces cuando resulte exigible a la Administración el que justifique o razone en el supuesto concreto de que se trate, cual es la necesidad asistencial concurrente en el territorio o si se debe atender al prestigio profesional del solicitante que hagan precisa la continuación del mismo en la prestación del servicio siendo suficiente con que tales razones encuentren su fundamento en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Institut Català de la Salut.

Y se corrobora nuevamente la exigencia de motivación para los supuestos de prolongación en el servicio cuando más adelante en el Auto" (en referencia al Auto del TC 85/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 85)) "*y en relación a la Ley 5/2012 se dice que al predeterminar los supuestos en los que es posible acordar la prórroga solicitada, remitiendo su motivación expresa a las causas previstas en el correspondiente plan de ordenación de recursos humanos, de forma que tal prórroga solamente resultará posible en los términos del mencionado plan*".

Coincidimos con el criterio de la Sala de Cataluña, es decir, si se admite que la regla general es la jubilación a los 65 años y la prórroga es la excepción, es precisamente la autorización de prolongación en el servicio activo la que debe estar motivada "en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos" (art. 26.2º).

Lo anterior no exime a la administración de motivar la denegación de la solicitud del recurrente, como mecanismo que permite al solicitante conocer las razones de su exclusión, para con ello poderlos combatir y demostrar que, en su caso, sí concurren las necesidades de organización que con los criterios del PORH, le habrían de conducir a la concesión de la prórroga y no a su denegación. Pero en





15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



lo que aquí importa: la deficiencia de motivación en la denegación no se traduce automáticamente en concesión de la prolongación en el servicio activo.

Por lo tanto debemos rechazar las conclusiones de la recurrente en apelación que sostiene que ostenta un derecho subjetivo debilitado a la prolongación, porque el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga, sino que reconoce sólo la potestad de que la Administración en el ejercicio de sus facultades organizativas así lo pueda acordar en el marco de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, de forma que el criterio general ha de ser el de jubilación forzosa por cumplimiento de los 65 años de edad, y sólo y en el caso excepcional de que el PORH así lo contemple y lo motive, lo que aquí no ocurría en el PORH anulado se tendría el derecho de prolongar dicho servicio activo hasta los 70 años. El hecho de que el PORH haya sido anulado en sentencia no firme, no implica que nazca ese derecho subjetivo porque tal y como ha de interpretarse el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, esa posibilidad la tiene el personal estatutario únicamente cuando la potestad administrativa del Servicio de Salud así expresamente lo ha contemplado según las necesidades de organización articuladas en el correspondiente PORH.

Por último y en cuanto a la motivación o fundamentación de la resolución recurrida. La resolución fundamenta la denegación de la prolongación del servicio activo en que no hay déficit de profesionales y que las tareas que desarrolla el recurrente pueden ser asumidas por otro profesional, en concreto sostiene que hay 46 facultativos de personal de sustitución para su puesto de Médico de atención Primaria. Esa motivación aunque sucinta, es suficiente, y no ha sido desvirtuada por el recurrente.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



CUARTO: La amortización del puesto y la nulidad de la Orden de 2 de mayo de 2013.

Como ha quedado expuesto, la motivación de la denegación nada tiene que ver con la amortización del puesto que no se sostiene en el expediente. No es por tanto contraria a sus propios actos la actuación que aquí se impugna. Por último la nulidad de la Orden procedimental a que se hace mérito, adoptada por este Tribunal no conlleva la suerte del recurso, pues no afecta al fondo de la decisión impugnada.

QUINTO: Se desestiman por tanto los motivos de la apelación y se confirma la Sentencia apelada, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA, al ser desestimado en su totalidad el recurso de apelación deben imponerse las costas al recurrente con el límite por todo concepto de 600 euros.

FALLO

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN.

HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO A LA PARTE APELANTE CON EL LÍMITE ALUDIDO.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio al rollo de apelación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



VOTO PARTICULAR

Con el respecto y consideración que merece la resolución adoptada por la mayoría del Pleno de la Sala, se formula el siguiente voto particular por el Magistrado D. Eugenio Ángel Esteras Iguacel.

Se muestra conformidad con el Encabezamiento y Antecedentes de Hecho de la sentencia, discrepando de los Fundamentos jurídicos y de la Parte Dispositiva.

Por el Magistrado disidente se considera que, en síntesis, la parte disconforme debe ser sustituida por la siguiente:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los recursos ordinarios 156/13 y 159/13 el Pleno de la Sala ha acordado declarar la nulidad del Plan de Ordenación de los recursos humanos del Servicio Aragonés de Salud en materia de jubilación y prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de sus instituciones y centros sanitarios de 2013.

Las sentencias respectivas se fundan, en lo sustancial, en la doctrina del Tribunal Supremo expresada en la sentencia de 24 de octubre de 2014 (recurso 3126/2013), recaída en un proceso sobre el Plan equivalente aprobado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

El criterio y pronunciamientos de las referidas sentencias del Pleno de la Sala es trasladable a este recurso de apelación en el que se cuestiona, en último término, la conformidad a derecho de las resoluciones de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Aragón por las que deniega la solicitud de prolongación



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



de permanencia en el servicio activo y se declara la jubilación del ahora apelante, quien venía prestando servicios como personal estatutario fijo, en la categoría de Médico de Atención Primaria en el Centro de Salud de.

Se trata ahora de obtener las consecuencias de la declaración de nulidad del referido Plan de ordenación, cuya aplicación concreta se lleva a cabo por los actos impugnados, según inequívocamente se desprende de su fundamentación jurídica.

La solución viene ofrecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 (recurso 84/2014) en la que se expresa que «... si carece de eficacia y validez el PORH, por haber sido declarado nulo, es obvia la imposibilidad de efectuar un desarrollo del mismo mediante una resolución de jubilación amparada en aquel. Nos hallamos ante un claro ejemplo en que la validez de un instrumento, Plan de Ordenación de Recursos Humanos, se comunica a la posterior aprobación de un acto o resolución de desarrollo, siendo innegable la relación de causalidad entre el primero y la segunda ulterior. La primigenia invalidez repercute, por tanto, en la validez del acto jurídico de desarrollo ya que el instrumento inválido no produce efectos (conclusión, “a sensu contrario” del art. 64 LRJA PAC)»; en el mismo sentido se expresa la sentencia de 1 de julio de 2015 (recurso 1181/2014).

De acuerdo con esta doctrina al ser los actos recurridos dictados en ejecución del Plan de Ordenación procede declarar su nulidad.

Importa destacar que la resolución desestimatoria del recurso de alzada, en relación con la denegación de prolongación de permanencia en el servicio activo, en su fundamento de derecho tercero expresa que «... el Gerente del Sector de Zaragoza III emite informe por el que queda acreditado que en fecha 12 de junio de 2013 hay 46 aspirantes en la Bolsa de empleo temporal en la categoría





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



profesional de Médico de Atención Primaria, lo que asegura la existencia de personal sustituto suficiente para cubrir las necesidades asistenciales de la organización.»

El informe a que se refiere esta resolución no tiene tampoco virtualidad suficiente para mantener su conformidad a derecho.

No la tiene, en primer término, porque el informe aparece redactado y formulado en contemplación y en respuesta a la regulación del Plan de ordenación por lo que queda afectado por la declaración de nulidad de éste, con la consecuencia expresada en la sentencia del Tribunal Supremo transcrita más arriba.

Carece de ella, en segundo lugar, porque la mera referencia a la existencia de una bolsa de empleo, para cubrir las necesidades asistenciales y de organización, no puede ser aceptada como justificación bastante, prescindiendo de otros criterios objetivos, para entender cumplido uno de los requisitos previstos en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, para decidir de forma no arbitraria sobre la prolongación de la permanencia en servicio activo, una vez superada la edad de jubilación a los 65 años.

SEGUNDO.- Declarada la nulidad de las resoluciones impugnadas queda por establecer los términos en que procede el reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente.

De acuerdo con el art. 26.2 de la Ley 55/2003, aún cuando no exista plan de ordenación de recursos humanos por haber sido declarado nulo, quedan subsistentes los dos requisitos precisos para la autorización de prolongación de la permanencia en el servicio, como son la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento y la determinación de las necesidades de la organización.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (RA 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



Como consecuencia de lo anterior procede declarar el derecho del recurrente a la reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando y a que, con retroacción del procedimiento administrativo al momento anterior a las resoluciones anuladas, continúe su tramitación a fin de que sean aportados cuantos elementos, documentos e informes sean precisos para determinar los parámetros establecidos en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, previamente a la resolución sobre su solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo; todo ello con los efectos económicos correspondientes al periodo comprendido entre la fecha del cese y la fecha de efectiva reposición en su puesto de trabajo.

En estos términos procede, previa revocación de la sentencia, estimar en parte su demanda.

TERCERO.- De conformidad con los artículos 139.1 y 2 de la LJCA no procede especial imposición de costas en ambas instancias.

En atención a lo expuesto

FALLO

PRIMERO.- Estimar el presente recurso de apelación número 229/2014, interpuesto en representación de **D.(...)**, revocar la sentencia apelada y, con estimación parcial de la demanda, declarar la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas y reconocer como situación jurídica individualizada la que se expresa en el Fundamento de Derecho Tercero precedente.

SEGUNDO.- No hacer especial imposición de costas.

Así lo acuerda y firma el Magistrado D. Eugenio Ángel Esteras Iguacel.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

15.07.29 ST TSJA CA (Ra 229-14) JUBILACION MEDICO .DOC



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a notificar telemáticamente la anterior Sentencia en legal forma, haciéndole saber que es FIRME, sin perjuicio de ejercitar cualquier recurso que considere procedente. Doy fe.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN