

Roj: **STS 4607/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4607**Id Cendoj: **28079130072015100289**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **04/11/2015**Nº de Recurso: **3014/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación número **3014/2014**, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto-Marabotto, en representación de Don Pelayo , interpuesto contra la sentencia de 23 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso- administrativo número 681/12 , promovido contra la resolución dictada por la Dirección del Departamento de RR.HH de la Agencia Tributaria, con fecha 11 de abril de 2012, por la que se resuelve desfavorablemente la pretensión de prolongación de la permanencia en el servicio activo del recurrente, **funcionario** perteneciente al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda, con destino en la Oficina Nacional de Investigación del Fraude del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, formulada en el escrito de alegaciones presentado el día 3 de febrero de 2012. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó sentencia de fecha 23 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva sostiene lo siguiente: "*Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto Ruiz en nombre y representación de Don Pelayo , contra el acto administrativo reflejado en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución, el cual, por ser ajustado a derecho, confirmamos; imponiéndole las costas del recurso*".

SEGUNDO.- Por el Procurador Don José Luís Pinto Marabotto Ruiz en nombre y representación de Don Pelayo , por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 11 de septiembre de 2014 se formalizó el presente recurso de casación, en el que tras exponer cuantos fundamentos y motivos tuvo por conveniente, terminó suplicando que se casara la sentencia recurrida y se estimara el recurso contencioso-administrativo. declarando la nulidad del acto administrativo impugnado o subsidiariamente reconociendo el derecho del recurrente a la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo y, por ende, la reposición a su puesto de trabajo en la AEAT, con abono de las percepciones económicas de cualquier clase que hubiere debido percibir por el desempeño del mismo durante el tiempo en que ha estado privado de éstas funciones, con condena en costas a la demandada.

TERCERO.- Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 21 de enero de 2015, el Abogado del Estado en la representación que le es propia formalizó su oposición al presente recurso solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, con imposición de costas a la recurrente.

CUARTO .- Se señaló para votación y fallo la fecha de 28 de octubre de 2015, en que tuvo lugar, habiéndose observado en la tramitación de este procedimiento las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Administración demandada plantea la inadmisibilidad del recurso por cuanto los cuatro motivos articulados no son sino una reiteración de la demanda y no una auténtica crítica de la sentencia recurrida. Aun admitiendo que la técnica empleada en el recurso es mejorable no procede dar lugar a la inadmisión del recurso pues los motivos, aunque coincidan en parte con los argumentos de la demanda van dirigidos precisamente contra las consideraciones que en la sentencia se hacen acerca de éstos.

SEGUNDO .- La sentencia recurrida en su fundamento jurídico primero sostiene que:

*"(...) el presente recurso se dirige contra la resolución dictada por la Dirección del Departamento de RR.HH de la Agencia Tributaria, con fecha 31 de enero de 2012, por la que se resuelve desfavorablemente la prolongación de la permanencia, más allá de la edad de jubilación forzosa (el día 19 de febrero de 2012) en el servicio activo del recurrente, **funcionario** perteneciente al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda, con destino en la Oficina Nacional de Investigación del Fraude del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria; si bien en esta ocasión se hace con motivo de recurrir la resolución del mismo órgano, de 11 de abril de 2012, en virtud de la cual se rechazó las alegaciones contenidas en el escrito presentado por el recurrente frente a la propuesta de resolución que dio lugar a la decisión de 31 de enero de 2012, escrito que tuvo entrada en la Administración el día 3 de febrero de 2012, fecha posterior a la del dictado de la resolución, aunque presentado en plazo a través de la Subdelegación del Gobierno de Málaga.*

(...) la Administración, en la segunda resolución, advertida de que, en la primera, había cometido el error de considerar que el Sr. Don Pelayo no había formulado alegaciones frente a la propuesta de resolución, cuando lo cierto es que tales alegaciones se produjeron en tiempo y forma (aunque llegaran tardíamente a la Administración competente para resolver), dictó una nueva resolución, valorando tales alegaciones y llegando a la misma conclusión que en la resolución de 31 de enero de 2012, esto es, no accediendo a la solicitud del Sr. Víctorio .

(...) "no podemos aceptar que la hipotética vulneración formal que supuso el hecho de que la resolución se dictara el día 31 de enero de 2012, - una vez concluido el plazo de presentación de alegaciones, pero sin tener éstas en cuenta, porque se recibieron por la Administración días después-, le ocasionaran indefensión alguna, en el sentido material que ha de darse a este concepto si se le quiere atribuir relevancia y virtualidad anulatoria". A la vista de lo posteriormente actuado, nos reafirmamos en esta afirmación que completamos con la afirmación de que el Sr. Don Pelayo actuó no respetando las reglas de la buena fe, al comparecer ante la Administración competente para resolver el día 6 de febrero de 2012, momento en el que le notificaron la resolución de 31 de enero de 2012, y nada dijo respecto a la afirmación que constató, en ese momento, la Administración, de no haber recibido alegación alguna, cuando conocía perfectamente que había formulado alegaciones y las había presentado en Málaga".

El primer motivo articulado por la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la infracción del artículo 62.1.e) de la ley 30/1992 , por cuanto la Administración resolvió sin dar trámite de audiencia al interesado, y solo cuando advirtió esta circunstancia procedió a dictar una nueva resolución, tras subsanar el defecto procedimental de la falta de audiencia y previo informe sobre las alegaciones.

Compartimos el criterio de la sentencia de que ni estamos ante una falta absoluta de procedimiento, ni se ha causado indefensión al interesado, pues ambas resoluciones eran desestimatorias de la pretensión de prolongación de la jubilación, en consecuencia de entender que la segunda resolución era improcedente por razones formales, como sostiene el recurrente, que mantiene que debería haberse seguido el procedimiento de revisión de la primera, el recurrente tendría que haber impugnado la primera resolución, por los motivos de fondo que a continuación analizaremos y que conducen igualmente a la desestimación.

SEGUNDO.- El segundo motivo de casación, al amparo del apartado 88.1.d) de la ley jurisdiccional denuncia la infracción del artículo 67.3 de la Ley 7/2007 , por la que se aprueba el Estatuto Básico del empleado público y la Resolución de la Secretaria General de Administración Pública de 21 de junio de 2007 que publica las instrucciones de 5 de junio de 2007 (prolongación de la permanencia en el servicio activo) en relación a su vez con la Disposición Adicional 7ª de la ley 13/1996 y la Resolución de la Secretaría de Estado de Administración Pública de 31 de diciembre de 1996 .

La sentencia recurrida sostiene en el fundamento jurídico tercero lo siguiente:

*"La posibilidad de solicitar (y, en su caso obtener) la prolongación de la permanencia en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa se regula en el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, que determina que 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 resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. Por tanto, es conceptualmente imposible que sea de aplicación el plazo a que alude la demanda, que se estableció en relación con otro precepto.

A propósito de cuál es la normativa aplicable y si existe o no la posibilidad de aceptar el silencio positivo en esta clase de procedimientos, nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones rechazando esta posibilidad, por referirse a una normativa superada por el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril .

En efecto, en sentencia de 13 de octubre de 2010 (recurso 161/2009 de la Sección Tercera) hemos declarado, en lo que ahora interesa que dicha cuestión (la posibilidad de prolongación de la vida laboral de un **funcionario**, más allá de la edad de jubilación forzosa) 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 .

Tras dicha modificación, tal precepto quedó redactado en los siguientes términos: "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 estos 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 , dispuso que 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.

Por tanto, la primera cuestión que se plantea en el presente recurso 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.

La Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de Abril , establece que el presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» 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, añadiendo el apartado tercero que 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 "Perdida de la Relación de Servicio" del Título IV "Adquisición y Perdida 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 quedase 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. Avala lo expuesto el hecho de que 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.

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.

Siendo esto así, ha de afirmarse, como acertadamente señala la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, que la normativa aplicable a este caso regula la problemática que nos ocupa de forma muy diferente a la anteriormente establecida en el artículo 33 de la Ley 30/1984, tras su modificación por el artículo 107 de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En efecto, dicho precepto establecía un derecho para el **funcionario** pudiendo la Administración solo fundar la denegación de 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.

Por el contrario, el artículo 67.3 del EBEP solo dispone que "el **funcionario** pueda solicitar la prolongación", correspondiendo a la Administración competente "Resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación". Por tanto, la Administración competente tiene facultad para apreciar las causas que concurren en cada caso concreto, y conforme a ellas, aceptar o denegar la prolongación; lo que exige una motivación adecuada, sin que, por tanto, existan causas tasadas de denegación, como ocurría con la normativa anterior, sino que la denegación podrá fundarse en cualquier circunstancia que concurra en el supuesto de que se trate, apreciada discrecionalmente por la Administración, si bien, para que no exista arbitrariedad en la decisión, la Administración deberá justificar adecuadamente su actuación.

En el caso enjuiciado, la resolución impugnada denegó la prolongación de permanencia en el servicio activo del recurrente sobre la base del informe desfavorable de la Directora del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, de fecha 16 de diciembre de 2011, cuyo contenido hemos reproducido más arriba y lo hemos compendiado en un deficiente desempeño profesional.

A la vista de dicho informe, es evidente que en el caso enjuiciado concurren circunstancias suficientes para denegar la prolongación en el servicio y rechazar la solicitud del Sr. Don Pelayo, habiendo cumplido la Administración demandada con la obligación de dictar resolución motivada, siendo claras las razones que sirvieron de justificación, de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer su voluntad, sin que el recurrente haya practicado prueba alguna para desvirtuar los citados hechos, limitándose a afirmar que son consideraciones genéricas, sin relación con su concreto desempeño y extrañándose de lo anómalo que, a su juicio, supone que la Administración no haya reaccionado durante años frente a un desempeño profesional tan deficiente como dice el informe, alegaciones totalmente inocuas, además de irreales, porque el informe se refiere a concretas situaciones que afectan al recurrente, cual es el caso de la productividad de los años 2010 y 2011, o bien el resultado de su participación en el concurso convocado mediante resolución de 19 de noviembre de 2009, cuya valoración estuvo por debajo del mínimo exigido para obtener plazas de nivel inferior, datos concretos frente a los que nada ha alegado y, menos aún, acreditado en este proceso, pudiendo hacerlo, razón por la cual no podemos aceptar que la hipotética vulneración formal que supuso el hecho de que la resolución se dictara el día 31 de enero de 2012, -una vez concluido el plazo de presentación de alegaciones, pero sin tener éstas en cuenta, porque se recibieron por la Administración días después-, le ocasionaran indefensión alguna, en el sentido material que ha de darse a este concepto si se le quiere atribuir relevancia y virtualidad anulatoria".

TERCERO.- Sin necesidad de entrar a analizar la cuestión de la normativa vigente en materia de jubilación de **funcionarios** de la Administración del Estado, bien en la hipótesis de la pervivencia del artículo 33 que disponía, tras su modificación por el artículo 107 de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales,



Administrativas y del Orden Social un derecho para el **funcionario** pudiendo la Administración solo fundar la denegación de 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, como de la dicción del artículo 67.3 del Estatuto del Empleado Público, cuyo desarrollo legal es no solo un mandato del legislador, sino deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, el motivo alegado para denegar la prolongación no puede ser aceptable, pues hace referencia a una conducta negligente del **funcionario** solicitante que debería ser objeto en su caso de otro tipo de procedimiento, con las consecuencias a las que pudiera llegarse, pero desde luego, la exigencia del artículo 67.3 antes citado de que el acuerdo ha de ser motivado ha de venir referida no a cualquier motivo, como ocurre en el presente caso, en que se acoge una supuesta negligencia laboral antecedente a la jubilación solicitada, sino al cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos, cuya configuración corresponde al legislador en desarrollo de la norma básica citada. En consecuencia, los criterios para la concesión o no de la prórroga, dentro de esa amplia discrecionalidad del legislador para fijarlos, han de ser objetivos y aplicables a todos los **funcionarios** afectados, sin que pueda utilizarse para denegar la prórroga un criterio subjetivo, máxime si implica materialmente una sanción, lo que acercaría la actuación de la Administración a la desviación de poder.

En consecuencia procede acoger el motivo, casar la sentencia y dictar otra por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto de conformidad con lo solicitado en la demanda.

CUARTO.- La estimación del recurso de casación no conlleva la imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, pero si las de primera instancia que fijamos en la cantidad máxima de 1000 euros.

FALLAMOS

1.- Ha lugar al número **3014/2014**, interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto-Marabotto, en representación de Don Pelayo, interpuesto contra la sentencia de 23 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 681/12 que casamos y anulamos, dejándola sin efecto, sin condena en costas.

2.- Ha lugar a estimar el recurso contencioso-administrativo número 781/2012, interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto-Marabotto, en representación de Don Pelayo, reconociendo el derecho del recurrente a la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo y, por ende, la reposición a su puesto de trabajo en la AEAT, con abono de las percepciones económicas de cualquier clase que hubiere debido percibir por el desempeño del mismo durante el tiempo en que ha estado privado de éstas funciones, con condena en costas a la demandada en los términos del último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Letrado de la Administración, certifico.