JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE MÁLAGA.
PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 534/13.

SENTENCIA 180/14

Free copy

En Málaga, a 10 de abril de 2014.

Miguel Ángel Gómez Torres, magistrado en comisión de servicio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 534/13, sustanciado por el trámite del procedimiento abreviado, interpuesto por **don xxx,** representado y asistido por la abogada doña Inmaculada Martínez Cuevas, contra el **Servicio Andaluz de Salud** (en adelante, SAS), representado y asistido por uno de sus letrados adscrito a sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

La representación procesal de la parte actora presenta en el Decanato en fecha 29 de noviembre de 2013 demanda de . recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto el 30 de agosto de 2013 contra la resolución de la Dirección Gerencia de la Unidad Directiva de los Hospitales Universitario Regional Málaga y Virgen de la Victoria de Málaga de 23 de jul io de 2013, por la que se desestimó la solicitud de prórroga de la jubilación forzosa hasta la edad de 70 años formulada por su representado el 15 de julio de 2013.

Con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, en esencia y en cuanto interesa a la solución del presente recurso jurisdiccional, la parte demandante alega que su defendido ha prestado sus servicios como médico especialista para el SAS desde el 03/10/1977 hasta el 26/09/13, fecha en la que, pese haber solicitado la prolongación voluntaria de permanencia hasta los 70 años, ésta le ha sido denegada, de ahí que el Sr. xxx se encuentre en situación de jubilación desde el día 27/09/2013. Pese a lo establecido en los arts.26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el art.67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empelado Público, incluido lo previsto en el punto
7.1.2 del propio Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SAS de 9 de noviembre de 2004, modificado por resolución de 2 de diciembre de 201O, se

le deniega a su principal el derecho a la prolongación voluntaria de la permanencia en el servicio activo, como Jefe de Sección de Endocrinología y Nutrición del Hospital Universitario Carlos de Haya de Málaga, siendo improcedente la invocación que se hace en la resolución impugnada de la Circular 392/12, de 21 de diciembre, de la Dirección General de Profesionales, la cual además de infringir el principio de legalidad y de rango de ley, confronta con los preceptos legales referidos, conforme a los cuales las únicas limitaciones para denegar la permanencia en el servicio activo son la capacidad funcional para el desarrollo de la actividad profesional, o que exista una indicación contraria a ello en los planes de ordenación de recursos humanos, encontrándose su principal, como Jefe de Sección de Endocrinología y Nutrición, en una de las categorías específicas para las que el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SAS permite la prolongación voluntaria de la permanencia en el servicio activo. Esta situación está produciendo en su mandante unos perjuicios por la diferencia de salarios a percibir caso de haber continuado en situación de servicio activo, en lugar de haber tenido que acogerse, en contra de lo solicitado, a la situación de jubilación, donde se perciben menos ingresos.

Por todo lo anterior interesa que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente el presente recurso, accediendo a prolongar en el servicio activo a su representado hasta que el mismo cumpla la edad de 70 años, dejando sin efecto la resolución dictada por silencio administrativo, así como la que acuerde su pase a la situación de jubilación forzosa desde la fecha del 26/09/2013; subsidiariamente, para el caso en el que el presente recurso se resolviera favorablemente, pero una vez que el demandante hubiese cumplido la edad de 70 años y por tanto no pudiera llevase a cabo la incorporación al servicio activo, la resolución que pusiera fin al procedimiento debería acordar la compensación económica del recurrente en la cantidad que resulte de calcular la diferencia de salarios entre la suma que percibía antes de la fecha de jubilación y la que percibe tras ese momento, situando la fecha en el 26/09/2013, todo ello con intereses y expresa condena en costa a la parte demandada.

SEGUNDO.

Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo, la vista se celebra el día 10 de abril de 2014 a la que asisten ambas partes. La parte actora se ratifica en su demanda. Le letrada de la Administración Sanitaria plantea la falta de competencia objetiva por razón de la materia del Juzgado para conocer del recurso de conformidad con el art.8.2.a) de la Ley 29/98, por resultar competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, a lo que se opone la dirección jurídica de la recurrente y el juzgador rechaza mediante auto oral frente al que la letrada de la Administración Sanitaria formula protesta a los efectos de la segunda instancia. La Administración demandada formula su contestación en la que se opone al recurso deducido, según nota para la vista que se aporta y se une a los autos. En síntesis alega que con base en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, aprobado por Resolución de 9 de noviembre de 2004 de la Dirección Gerencia del SAS, vigente al no establecerse en el mismo limitación temporal alguna para su vigencia, a la modificación ulterior operada

por Resolución de 2 de diciembre de 2010 en su Punto 7.1.2, a la Circular 405/201 O sobre instrucciones para los procedimientos de jubi lación de prolongación y de prolongación voluntaria de la permanencia en el servicio activo, el demandante ha disfrutado de una prórroga de su servicio de dos años hasta alcanzar la edad de 67 años, pero al haberse modificado las necesidades del servicio, se dicta la Circular 392/12, de 21 de diciembre, modificando la anterior Circular 405/2010, que impide expresamente una nueva prórroga más allá de la concedida hasta los 67 años.

La cuantía del procedimiento se fija en indeterminada con acuerdo de las partes.

Se propone y se practica como prueba la documental. Tras los informes y conclusiones orales de las partes, quedan los autos sobre mi mesa vistos para sentencia.

TERCERO.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales salvo los plazos debido al cúmulo de asuntos pendientes en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

El marco normativo en el que debe dilucidarse la pretensión del recurrente de prolongar voluntariamente su permanencia en el servicio activo, como Jefe de Sección de Endocrinología y Nutrición del Hospital Universitario Carlos de Haya de Málaga, hasta la edad de 70 años, una vez que mediante resolución de 4 de julio de 2011 se le había concedido la prolongación por un periodo de dos años hasta el 26/09/13 en que cumplió la edad de 67 años (fol. 13 del expediente administrativo), habiendo pasado a la situación de jubilación forzosa desde dicha fecha en virtud de resolución de 17 de julio de 2013 (fol. 14), viene dado por las siguientes disposiciones a considerar:

- La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud:

"Artículo 26 Jubilación

1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.

2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años.

No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o *desarrollar las actividades correspondientes* a *su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de fas necesidades de la organización articuladas en el marco de Jos planes de ordenación*

de recursos humanos.

3. Procederá Ja prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir Ja edad de jubilación forzosa, Je resten seis años o *menos de cotización para causar pensión de jubilación.*

Esta prórroga 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 Ja misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la *capacidad funcional necesaria para ejercer* la *profesión* o *desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.*

4. Podrá optar a Ja jubilación voluntaria, total o *parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en Ja legislación de Seguridad Social.*

Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos."

Interpreta dicho precepto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2013, aportada por la parte recurrente en el acto de la vista, en la que se dice:

"SÉPTIMO .- La doctrina jurisprudencia/ de esta Sala declara que el artículo 26.2 de ta Ley 55/2003 del Estatuto Marco no establece un derecho a la prórroga en et 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, se razona, una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el artículo 33 de la Ley 30/1984 , modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado en forma expresa por la disposición derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público.

Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la citada Ley 7/2007 que ha venido a *sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 , que es el que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida* a *la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y* a *to más, de una especie de derecho debilitado («diritto affievolito ») , 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 y recae sobre la Administración la carga de justificar las necesidades organizativas que deben determinar la concesión* o *denegación de la prolongación. [Sentencias de 11 de marzo de 2013 (Casación 1634/2013), de* 8 *de enero de 2013 (casación 207/2012), de 13 noviembre de 2012 (Casación 1030/2011), de 26 de abril de 2012 (Casación 2116/2011), de 27 de marzo de 2012 (Casación 2473/2011), de 9 de marzo de 2012 (Casación 1247/2011)* o *de 15 de febrero de 2012 (Casación 2119/2012)]. "*

– Resolución de 2 de diciembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud aprobado por Resolución de 9 de noviembre de 2004 de este órgano directivo. (BOJA núm. 241 de 13 de diciembre de 2010), en la que se dispone:

"Primero. Modificar el punto 7.1.2 del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud, posibilitando Ja prolongación voluntaria de la permanencia

en servicio activo al personal licenciado sanitario de las categorías de Jefes de Servicio, Jefes de Sección y Facultativos Especialistas de Área en sus distintas especialidades, Médicos de Familia en sus diferentes destinos (EBAPIUGC, Dispositivo de Apoyo, DCCU, SCCU, CTS), Pediatras de atención primaria, y Odontoestomató/ogos, en Jos términos establecidos en el párrafo segundo del articulo 26.2 de la Ley 55\2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de Jos servicios de salud.

Segundo. La presente modificación del punto 7.1.2 del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SAS desplegará su eficacia el uno de enero de 2011, de tal manera que se *podrán acoger a esta medida Jos profesionales de las categorías a las que* se *refiere el punto primero que cumplan 65 años a partir del 1 de enero de 2011.*

Tercero. Facultar a Ja persona titular de la Dirección General competente en materia de personal del Servicio Andaluz de Salud para dictar las disposiciones de aplicación de Jo dispuesto en la presente Resolución."

Descendiendo al caso de autos, el recurrente cumplió la edad de 65 años el 26 de septiembre de 2011 y al tiempo de solicitar su prolongación en el servicio activo prestaba servicios para el SAS como personal estatutario fijo, con la categoría de Facultativo de Endocrinología y Nutrición, siendo Jefe de Sección de Endocrinología y Nutrición desde el 7 de marzo de 2005. Por tanto, de conformidad con la normativa expresada, y no cuestionándose su capacidad funcional, tenía derecho a prolongar su situación en el servicio activo hasta la edad de 70 años, a pesar de que ya se le había autorizado dicha prolongación durante dos años una vez que cumplió 65. La previsión de la posterior Circular 392/12, de 21 de diciembre, de la Dirección General de Profesionales, instrucción cuarta 1.a) de la misma, a la que alude la resolución impugnada, en la que se dice que *"Las peticiones de prolongación de la permanencia en el servicio activo* más *allá de dos años deberán ser denegadas al no estar contemplad esta posibilidad en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos y sus instrucciones de aplicación".* no resulta aplicable al dictarse sobre la base de un PORH que tenía restringida su vigencia al periodo 2004-08, sin extender sus efectos, como norma temporal, más allá de dicho periodo de vigencia, sin que se hubiera previsto o acordado su prórroga, según se resolvió por la Sala de Málaga del TSJA en su sentencia de 30 de septiembre de 2013 de conformidad con el art.4 del C.c., por lo que en ausencia de Plan específico debe primar el derecho del facultativo a prolongar su permanencia en el servicio activo, siguiendo el juzgador la doctrina jurisprudencia! que se establece en la meritada STS de 09/04/13, que afirma:

"OCTAVO .- Trasladada esa doctrina a *este caso procederá dar lugar al segundo motivo de casación.*

Et PORH que se discute declaró con carácter general la jubilación a *los 65 años para el periodo de 2004* a *2008, que es el que tomó en consideración en sus previsiones. La cuestión* a *resolver en este proceso es qué solución se debe dar* a *una solicitud de prolongación en el servicio activo formulada en el mes de septiembre de 201O, periodo que no estaba contemplado ni cubierto por las previsiones de ese plan de ordenación.*

Recordemos que el articulo 26.2 de la Ley del Estatuto Marco dispone que la jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años y añade que, no obstante, éste podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o *desarrollar las actividades correspondientes* a *su*

nombramiento. Esta prolongación, concluye, 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.

La garantfa del interés del médico solicitante en ver prolongado el servicio activo debe ceder, y por eso su petición se debilita como derecho (« affíevolimento »), cuando la Administración hace valer su potestad de autoorganización y declara el interés público de que se produzca la jubilación forzosa del solicitante a *los sesenta y cinco años, sin prórroga en el servicio activo. El derecho* a *la prórroga desaparece en estos casos, siempre que se produzca en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos que exige el artículo 26.2 de la Ley del Estatuto Marco .*

Sin embargo la garantía del interés particular del médico interesado se mantiene (y por eso el artículo 26.2 de la Ley habla de que « *la prolongación deberá ser autorizada ») en aquellos supuestos en los que no existe plan de ordenación de recursos humanos (ad exemplum sentencias de 28 de febrero de 2011 (Casación 500212008) de 14 de abril de 2011 Casación 4638/2010), sentencias de 18 de abril de 2011 (Casación 696/2009 y Casación 335412009) y sentencia de 28 de abril de 2011 (Casación 540122009) o cuando, como acontece aquí, existe un plan de ordenación como instrumento idóneo para que la potestad de la Administración se imponga legltimamente sobre el interés particular del médico pero dicho plan resulta inaplicable al caso, porque no cubre en sus previsiones temporales fa solicitud de prórroga solicitada. En esos casos el derecho del interesado resurge, deja de estar debilitado (« diritlo affievolíto») y debe ser reconocido en esta víajurisdiccional.* "

Es por todo ello que la resolución impugnada no se considera ajustada al ordenamiento jurídico y el recurso debe ser estimado anulando el acto impugnado y reconociendo el derecho del recurrente a prolongar su permanencia en el servicio activo hasta que cumpla la edad de 70 años, declarando igualmente su derecho a que sea compensado económicamente por la Administración en la cantidad que resulte de calcular la diferencia de salarios entre la suma que percibía antes de la fecha de jubilación (26/09/13) y la que percibe tras ese momento, y ello hasta que se produzca su reincorporación efectiva al servicio activo, más los intereses legales desde la fecha de jubilación, según es de ver en el fallo.

SEGUNDO.

Por lo que se refiere a las costas y según lo dispuesto en el párrafo primero del punto 1 del artículo 139 de la L.J.C.A., en la nueva redacción dada por la Ley 37/11, de 10 de octubre, resulta procedente imponer a la Administración demandada las costas procesales devengadas en este proceso al estimarse íntegramente el recurso jurisdiccional contra ella formulado (criterio de vencimiento objetivo).

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos, resuelvo:

F A L L O

Estimo íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto

por la representación procesal de **don xxx,** con base en los siguientes pronunciamientos:

-1) Declaro la no conformidad a Derecho de la resolución impugnada descrita en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, que queda anulada y sin efecto, así como la que acordó su pase a la situación de jubilación forzosa desde la fecha del 26/09/2013.

-2) Declaro el derecho del recurrente a prolongar su permanencia en el servicio activo hasta que cumpla la edad de 70 años, declarando igualmente su derecho a que sea compensado económicamente por la Administración demandada en la cantidad que resulte de calcular la diferencia de salarios entre la suma que percibía antes de la fecha de jubilación (26/09/13) y la que percibe tras ese momento, y ello hasta que se produzca su reincorporación efectiva al servicio activo, más los intereses legales desde la fecha de jubilación.

-3) Impongo las costas de esta instancia a la Administración.

Notifíquese a las partes.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con testimonio de esta sentencia.

Así, por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

Diligencia. Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.