



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00219/2017

Ponente: D. Julio Cesar Díaz Casales.

Recurso: Recurso de Apelación 419/2016.

Apelante: A.A.

Apelada: Concello de Vigo (Pontevedra).

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, presidente.

D^a. Dolores Rivera Frade

D. Julio Cesar Díaz Casales

A Coruña, a 26 de abril de 2017.

En el recurso de apelación, pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. A.A., representado por la procuradora D^a. María Dolores Villar Pispieiro y dirigido por la letrado D. José Molina Fragio, contra la sentencia 325/2016 de fecha 12 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento abreviado 222/2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o 2 de Vigo, sobre prórroga de servicio activo. Es parte apelada Concello de Vigo, representado y dirigido por el Letrado del Concello de Vigo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Cesar Díaz Casales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo presentado por D. A.A. contra la resolución del Concelleiro delegado de Área de Xestión Municipal e Personal del Concello de Vigo, de fecha 26-2-2016, por la que se tiene por desistido al actor en el procedimiento de prórroga del servicio activo iniciado a instancia de parte y tramitado en el expediente 27.357/220, y anulo la declaración por la que se tiene al actor por desistido de su solicitud, y en cuanto al fondo del asunto,

desestimo el resto de pretensiones de la demanda, declarando que no ha lugar al reconocimiento del derecho a la prórroga en el servicio activo ni a la reposición en el puesto de trabajo”.

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

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que han de entenderse sustituidos por los que a continuación se pasan a exponer.

PRIMERO.- Sentencia de Instancia.

El objeto del presente recurso de apelación es la Sentencia 325/2016 de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Vigo en el Procedimiento Abreviado 222/2016, por la que se estimó en parte el recurso presentado por A.A. contra la Resolución del Concejal delegado del Área de Gestión Municipal y Personal del Concello de Vigo, ANULANDO el desistimiento de la solicitud decretada y DESESTIMANDO el resto de las pretensiones relativas al reconocimiento de la prórroga de su edad de jubilación hasta que su cotización alcance el derecho a percibir una pensión equivalente al 100% de su base de cotización.

SEGUNDO.- Objeto y fundamentos del recurso de apelación.

El apelante señala en el recurso que la sentencia de instancia le resulta lesiva y viene a validar una situación injusta, denunciando que el Concello no realizó ninguna actividad con anterioridad a que el recurrente alcanzara la edad de jubilación, al no recabar ninguno de los informes preceptivos ni resolvió de forma motivada la solicitud realizada regularmente por el interesado, provocando la imposibilidad de resolver.

Por otra parte advierte que no se aprecian razones psicofísicas u organizativas que con arreglo tanto al Estatuto Básico del Empleado Público (Art. 67.3) como de la Ley 2/2015 de Empleo Público de Galicia (Art. 68) pudieran determinar la denegación de la prórroga y además se vulneran los criterios adoptados por la Xunta de Gobierno Local el 15 de enero de 2016 que impone la concesión automática de la prórroga en caso de necesidad de cotización adicional para alcanzar la pensión completa.

Por lo que después de transcribir parcialmente varias sentencias del T.S. termina interesando la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación íntegra de la demanda.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

TERCERO.- Oposición al recurso de apelación por las apeladas.

Por el Letrado Consistorial se opuso al recurso señalando que la Sentencia es perfectamente congruente y ajustada a derecho, indicando que insiste el recurrente en transformar una potestad discrecional sujeta a elementos objetivos previsibles en un procedimiento reglado, mezclando el derecho a la obtención de una resolución motivada con que la misma le resulte favorable, cuando la prórroga ni es automática ni contaba con los informes favorables preceptivos, por lo que no cabe más resolución que como lo hizo la sentencia, por lo que termina interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- De la estimación parcial del recurso y de la prórroga de la edad de jubilación para completar los periodos de cotización.

Hemos de recordar que el recurso se promovió contra una Resolución de 26 de febrero de 2016 por la que se tenía por desistido al recurrente de la solicitud de prórroga de la edad de jubilación. La Sentencia estimó el recurso, al entender, con acierto, que no cabía tener por desistido al peticionario sino resolver en el fondo la cuestión con la documentación obrante en el expediente, sin embargo no otorga efectos invalidantes a la circunstancia de su dictado con anterioridad a que transcurriera el plazo de subsanación concedido, por entender que venía justificada la anticipación de esa resolución porque de lo contrario carecería de objeto, porque aquélla era la fecha en la que el funcionario alcanzaba la edad de jubilación y solo cabe la prórroga de quienes se mantengan en servicio activo.

Lo anterior merece la sistematización del contenido del expediente del que resultan los siguientes antecedentes:

1.- El día 26 de octubre de 2015, en el que el recurrente cumplía los 65 años, advirtió al Concello que le correspondería jubilarse, conforme al Real Decreto Ley 20/2012, el 26 de febrero de 2016.

2.- El 25 de noviembre de 2016, advierte que presentó informe de vida laboral, del que resulta que cuenta con 33 años, 8 meses y 27 días cotizados, pero precisaba tener cotizados 35 años y 6 meses, para devengar el 100% de la pensión, que alcanzaría en junio de 2016. Por lo que interesaba:

a) iniciado el procedimiento de prolongación en servicio activo

b) se proponga su prórroga de conformidad con el Art. 67.3 del EBEP

c) se oficie al Departamento de Recursos Humanos para que no inicie el procedimiento de jubilación.

3.- El día 17 de febrero de 2016 se requirió al recurrente para que aportara certificación de las incidencias relativas a su vida laboral (folio 11).

4.- El interesado aportó un nuevo certificado el 20 de febrero de 2016, del que resulta que cotizó hasta esa fecha 34 años y 19 días (folios 12 y 13).

5.- el día 24 de febrero de 2016 se le requirió la acreditación de la capacidad legal del funcionario para la emisión del certificado y la veracidad de los documentos aportados, concediéndole un plazo de 10 días para hacerlo (folio 18).

6.- El día 26 de febrero de 2016 se declaró al interesado desistido del procedimiento (folio 21) que se le intentó notificar el mismo día siendo rehusada por el interesado (folio 25).

En cuanto al fondo de la cuestión suscitada en el recurso, la Sentencia lo aborda, también de manera acertada, en base a que el derecho a la prórroga se limita actualmente a una resolución motivada acerca de la misma pero no a la concesión automática de la misma, como parece entender el recurrente (T.S. de 16 de febrero de 2016 (dictada en el recurso 286/2015)). En todo caso, lo relevante es que partiendo de la solicitud del recurrente, que opera como presupuesto sine qua non, la administración goza de una potestad discrecional de otorgar la prórroga aun para el caso de que la solicitud venga motivada por el interés en alcanzar el tope del 100% de la cuantía de la pensión.

En relación con esta cuestión hemos de advertir que el apelante no incide en la modificación operada en los criterios para la autorización de la prórroga en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de febrero de 2016, en relación con los aprobados el 15 de enero del mismo año. Del contenido del expediente administrativo resulta lo siguiente:

Por la Junta de Gobierno Local de 15 de enero de 2016, previa negociación con los representantes sindicales, se adoptó el Acuerdo conforme al cual se produciría la prórroga automática en caso de necesidad de cotización adicional para alcanzar la plenitud de la pensión (folio 9 vuelto del expediente) por su parte en la Junta de Gobierno Local de 26 de febrero de 2016 se procedió, a la aprobación de una modificación instada por la Conselleira Delegada de Xestión Municipal en la Mesa General de Negociación de 12 de febrero de 2016, a una modificación de aquella previsión, disponiendo:

“Punto V

a) Prórroga automática, a solicitude do intersado/a, en caso de necesidade de cotización adicional para acadar a pensión completa:

Nos supostos nos que, por insuficiencia de tempo cotizado, resulta imprescindible continuar no servizo activo, a fin de efectuar unha cotización adicional que permita acadar a pensión completa á cal tería dereito o empregado/a público municipal consonte á lexislación de Seguridade Social, poderá autorizarse potestativamente por resolución do órgano municipal completente a prórroga da situación de servizo activo, polo tempo imprescindible para acadar a dita cotización adicional, previa a emisión de informe da Área ou servizo de destino do efectivo e de audiencia/informe do Comité de Persoal... (folio 24).



Resulta claro que tratándose de una potestad discrecional, sometida a unos requisitos reglados procedimentales e impone una resolución motivada por parte de la administración, no cabe que los jueces determinen el contenido del acuerdo que ha de ser adoptado (por impedirlo el Art.71.2 de la LRJCA) por lo que no cabe acceder a las peticiones relativas al reingreso del recurrente en su puesto ni el reconocimiento del derecho a la prórroga hasta que alcance el 100% de la pensión, pero lo que si cabe es que se imponga a la administración que siga el procedimiento y dicte una resolución motivada acerca de la solicitud formulada por el recurrente. Ahí debió detenerse la sentencia de instancia, en lugar de declarar la carencia de los derechos a solicitar la prórroga como una consecuencia automática de la carencia de cotización. Es evidente que están en juego potestades discrecionales de la administración que no cabe predeterminar judicialmente, pero además se produce un complejo juego entre la aplicabilidad del acuerdo de 15 de enero de 2016 y el de 26 de febrero del mismo año que, como dejamos, expuesto difieren considerablemente y no se trata, como defendió el Letrado Consistorial en el acto de la vista, de una aprobación definitiva que difiere de la inicial como consecuencia del sometimiento a negociación, sino de dos aprobaciones de la sendas Juntas de Gobierno (15 de enero y 26 de febrero de 2016) ambas previo sometimiento de la mesa de negociación, que dieron un sentido radicalmente diverso a un supuesto de prórroga.

Por ello, aún sin acoger el recurso en su integridad, en este aspecto sí debe ser revocada la sentencia, ya que como defendió el Letrado Consistorial en el acto de la vista, debió limitarse a imponer una resolución motivada.

Es evidente que a estas alturas, ya no cabe ni reintegrar al recurrente ni modificar su situación jurídico-administrativa, pero para el caso de que resulte denegada la prórroga irregularmente esta Sala en casos similares optó por reconocer al afectado una indemnización equivalente al triple de sus retribuciones básicas (St. 456/2015 de 8 de julio, recaída en el Procedimiento Ordinario 55/2013).

QUINTO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente si se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso no procede su imposición.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. DOLORES VILLAR PISPIEIRO, en nombre y representación de D. A.A. contra la Sentencia 325/2016 de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Vigo en el Procedimiento Abreviado 222/2016, **REVOCANDO LA MISMA** en el sentido de que ha de retrotraerse el procedimiento para que el Ayuntamiento de Vigo dicte una resolución motivada sobre la solicitud del

recurrente a la prórroga de su edad de jubilación hasta alcanzar su pensión el 100% de su base de cotización, sin hacer expresa imposición de costas.

La presente resolución es definitiva al no haber contra ella recurso ordinario alguno.

Notifíquese la presente resolución a las partes, remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia y archívese el presente rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.

La presente sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio César Díaz Casales, al estar celebrando audiencia pública la Sección 1ª del TSJ de Galicia en el día de su fecha, lo que yo Secretario certifico.