



Roj: **STS 4169/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4169**

Id Cendoj: **28079130042021100354**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/11/2021**

Nº de Recurso: **360/2020**

Nº de Resolución: **1327/2021**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.327/2021

Fecha de sentencia: 15/11/2021

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 360/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: TRIBUNAL DE CUENTAS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: rsg

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 360/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1327/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 15 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo **360/2020** promovido por la procuradora doña María Dolores Tejero García-Tejero en nombre y representación de **DON Marco Antonio** y bajo la dirección letrada de don Jorge Aparicio Marbán, contra la resolución de 30 de junio de 2020 firmada por el Presidente del Tribunal de Cuentas, que le deniega la solicitud de prolongación de su permanencia en el servicio activo y la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, acordada en su reunión de 28 de enero de 2021, por la que se resuelve el recurso de alzada 2/20. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Marco Antonio interpuso el 9 de diciembre de 2020 ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, acordada en su reunión de 28 de enero de 2021, por la que se desestima el recurso de alzada contra la resolución de 30 de junio de 2020 de la Presidenta, denegatoria de la solicitud de prolongación de su permanencia en el servicio activo, y contra esta última resolución.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo y recibido, se confirió traslado del mismo a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, lo que hizo el 16 de marzo de 2021.

TERCERO.- La parte actora sostiene en su demanda lo siguiente, expuesto en síntesis:

1. Era funcionario del Cuerpo Técnico de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas, Cuerpo del Grupo A2 de clasificación. Al tiempo de jubilarse estaba destinado como Jefe de Grupo de Unidad Fiscalizadora, en el Departamento Cuarto de la Sección de Fiscalización, nivel 26.3 (sic).

2. Rechaza que hubiera razones organizativas u objetivas para denegarle la solicitud de prolongación de la edad de jubilación que presentó al amparo del artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y así alega:

1º Hay necesidad de funcionarios del Grupo A2 pues en la relación de puestos de trabajo del Tribunal de Cuentas, de junio de 2020, respecto del Grupo A2, había 324 puestos dotados presupuestariamente pero se contabilizaban 260 efectivos; además había 24 vacantes sin dotar del Grupo A2 y 38 vacantes dotadas presupuestariamente. También había 6 vacantes sin dotar de puestos de Jefe de Grupo de Unidad Fiscalizadora, Grupo A2, Nivel 26.3 (sic) y 11 vacantes ofertadas.

2º Añade que los funcionarios del Grupo A2 pueden ser destinados también a puestos inmediatamente inferiores como son los de Verificador, nivel 24.1, existiendo 24 vacantes, 11 sin dotar y 13 ofertadas.

3º La carencia de personal en el Departamento Cuarto de la Sección de Fiscalización la acredita el correo electrónico de la Directora Técnica informando del escrito que el Consejero dirigió a la Comisión de Gobierno exponiendo esa carencia y solicitando la incorporación de funcionarios del Cuerpo Técnico de Auditoría y Control Externo. A esto añade que tras su jubilación hubo otras tres jubilaciones más.

4º Además, dos meses antes de jubilarse, por resolución de 12 de junio de 2020, se convocó un concurso específico para la provisión de puestos de trabajo ofertándose 45 puestos de trabajo, de los que 38 corresponden a puestos del Grupo A2, de ellos 10 son puestos de Jefe de Grupo de Unidad Fiscalizadora, Grupo A2, Nivel 26.3 (sic) y 13 de Verificador, Grupo A2, Nivel 24.1, todo lo cual acredita la necesidad de funcionarios del Grupo A2.

3. Tampoco concurren razones basadas en la calidad y dedicación en el desempeño de sus funciones, y así alega:

1º Que se opone a lo informado por el Consejero del Departamento Cuarto de la Sección de Fiscalización, que recoge el acto impugnado, en el que se expone la "inadaptación funcional continuada del solicitante a la Estructura del Departamento y a sus necesidades", insatisfacción de la que ha tenido conocimiento por vez primera mediante el acto impugnado.



2º En sus cuarenta y cuatro años de servicio nunca ha sido sancionado, ostenta un nivel 26, ha accedido a puestos mediante concurso siempre con informes favorables, ha percibido productividad retribuyéndosele un rendimiento por encima de la media de lo percibido por otros funcionarios del subgrupo A2.

3º En todo caso, de concurrir esa insatisfacción, podría habersele permitido concursar a los puestos ofertados en otros Departamentos, incluidos aquellos cuyos Consejeros hubieran votado en contra de la resolución impugnada.

4º Alega que los cuadros elaborados por el Departamento para justificar que su trabajo ha sido de calidad inferior a la de sus compañeros de igual o inferior nivel de puesto de trabajo, no expresan las fuentes utilizadas para obtenerlos, no explican los parámetros de comparación empleados ni se contrastan los datos con otros anteriores y posteriores.

5º En cuanto a los informes desfavorables emitidos por funcionarios del subgrupo A1, superiores jerárquicos suyos, son posteriores a la solicitud de prolongación y carecen de referencias objetivas. Al respecto se pregunta por el criterio de elección de esos informantes, omitiéndose otras opiniones favorables que aporta.

6º Para verificar el trabajo que desempeñó se remite y explica las Normas de Fiscalización, de 23 de diciembre de 2013, y que contienen, entre otros documentos, unas Normas Técnicas sobre planificación, ejecución y exposición de los resultados de los procedimientos de fiscalización, respecto de lo cual el informe del Consejero del Departamento Cuarto critica la labor del demandante en diversas actuaciones fiscalizadoras. Sin embargo, no se incorporan al expediente los correspondientes memorandos de planificación, directrices técnicas, programas de trabajo, ni la supervisión del trabajo, lo que habría permitido verificar objetivamente la labor desempeñada por el funcionario en cuestión.

7º En cuanto al retraso en el desempeño de sus funciones, se omite que la situación viene causada por la escasez de efectivos en el Departamento Cuarto, para lo que aporta un correo electrónico de 23 de diciembre de 2020 de la Directora Técnica de ese Departamento, dirigido a los funcionarios, que así lo demuestra.

8º Y respecto de que realiza y recibe numerosas llamadas telefónicas particulares que perturban el trabajo, y que motivan la queja de sus compañeros de despacho y de los despachos colindantes, es una imputación sin prueba; aun así, aporta diversos correos en los que las funcionarias de los despachos colindantes lo niegan.

4. Como fundamentos jurídicos de su pretensión alega, en síntesis, lo siguiente:

1º Invoca la jurisprudencia de esta Sala y Sección según la cual la denegación de la prolongación en el servicio activo debe fundarse en necesidades organizativas. En cuanto a razones basadas en sus circunstancias personales, invoca la sentencia de la antigua Sección Séptima, de 4 de noviembre de 2015 (recurso de casación 3014/2014) de la que se deduce que las razones basadas en la conducta del solicitante deben ser "objeto en su caso de otro tipo de procedimiento" y que la resolución de la solicitud debe basarse en razones objetivas.

2º Admite que tal criterio ha cambiado y cita las sentencias de esta Sección 1814/2020, de 22 de diciembre y 12/2021, de 18 de enero (recursos de casación 2029 y 3474/2019, respectivamente), correspondiendo a la Administración la carga de la prueba, si bien el criterio prioritario es el de estar a las necesidades organizativas como se deduce de la consulta sobre "Posibilidad de denegar la prolongación en el servicio activo" de la Dirección General de la Función Pública, de 24 de julio de 2018 y del acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, de 9 de mayo de 2013, documentos que aporta.

3º Del acto impugnado, basado en el informe del Consejero, se deduce que bastan las dos funcionarias que prestan servicio con lo que, *de facto*, se pretende amortizar su puesto infringiéndose el artículo 74 del EBEP y hacerlo al margen de todo procedimiento. En todo caso los hechos antes expuestos desmienten las necesidades organizativas pretextadas para denegarle la solicitud, para lo que se remite a esos hechos y en especial al concurso específico también citado.

4º La consecuencia es que no sólo no están acreditadas las necesidades organizativas que se invocan para denegarle la solicitud, sino que ha acreditado que hay vacantes así como la insuficiencia de efectivos en el Tribunal de Cuentas. Que esto es así lo evidencia que se acuda a razones "culpabilísticas" para denegarle la solicitud, razones que tampoco se prueban.

CUARTO.- Conforme a los citados razonamientos, es pretensión del actor que se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se decrete la nulidad de las resoluciones recurridas, o subsidiariamente se anulen, declarando su derecho a la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo y, por ende, la reposición a su puesto de trabajo en el Tribunal de Cuentas, 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 estas funciones, con condena en costas a la Administración demandada.



QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2021 se acordó conferir a la parte comparecida como demandada el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó la Abogacía del Estado el 27 de abril de 2021 en la representación que le es propia, solicitando que se dicte sentencia desestimatoria, para lo cual alegó lo siguiente, expuesto también en síntesis:

1. El procedimiento para la tramitación de las solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo lo regula el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas de 9 de mayo de 2013, en el que se prevé que informe el titular del Departamento o Unidad sobre la necesidad o no de conceder la prolongación atendiendo a "*la adecuación funcional del solicitante al puesto de trabajo en el marco de las necesidades organizativas del Departamento o Unidad razonadamente ponderadas al tiempo de dicha petición*"; en ese informe se prevé que si el parecer es desfavorable se motiven las necesidades organizativas que impiden la prolongación y la incapacidad funcional del solicitante.

2. Invoca la jurisprudencia de esta Sala y expone que, conforme a los criterios del acuerdo antes citado, el Consejero titular del Departamento emitió un informe en el que se exponen las razones para denegar la prolongación, tanto por inadaptación funcional continuada del solicitante a la estructura del Departamento y a sus necesidades, más las razones organizativas del Departamento, sin que ambas causas puedan separarse, con lo que se cumple la exigencia de motivación.

3. En lo que se refiere a la incapacidad o inadaptación funcional continuada del demandante, sostiene lo siguiente:

1º El acuerdo de la Comisión de Gobierno concreta los aspectos a los que debe referirse el informe del titular del Departamento -atender a los requerimientos de actualización formativa, adaptación a los ritmos de trabajo del Departamento y a las nuevas tecnologías- y basta que falte alguno de esos requisitos para que el informe sea negativo.

2º Aborda la valoración del trabajo realizado por el demandante en los últimos años y señala que en su informe el Consejero del Departamento manifiesta que el trabajo del demandante presentaba "*una calidad y profundidad sensiblemente inferior a la de sus compañeros de igual o inferior nivel de complemento de destino*", lo que fundamentó no sólo en su percepción personal sino en el testimonio de cuatro Subdirectores Técnicos que exponen el retraso en la entrega de sus tareas al superior para acabar realizándolas de forma precipitada, sin la debida profundidad y con errores.

3º Esos informes son posteriores a la solicitud del demandante precisamente para fundamentar el informe del Consejero y se apoyan en documentos y correos electrónicos que obran en el expediente, abarcan desde 2008 a 2020 y recogen llamadas de atención por la calidad del trabajo o actitud y la disconformidad con el trabajo realizado, pasando a exponer el contenido de los informes de la Subdirectora Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento y de otra Subdirectora Técnica del Departamento.

4º El informe de una Subdirectora Adjunta del Departamento (nivel 29) que aporta el demandante, no desmiente lo manifestado por los otros Subdirectores Técnicos (nivel 30) y queda desvirtuado por el informe de la Directora Técnica del Departamento, máxima responsable del Departamento después del Consejero, sobre el bajo rendimiento del recurrente para lo que se remite al trabajo realizado como integrante del equipo de revisión de la Cuenta General del Estado, en el que quedó de manifiesto su diferencia de rendimiento en comparación con otros integrantes de ese equipo. Esto llevó a que se le destinase a otra unidad -al equipo de revisión de contratos- donde mejoró su rendimiento.

5º Insiste en que la prueba del retraso y el defectuoso cumplimiento de las tareas encomendadas al demandante se amparan en los datos cuantitativos extraídos de la plataforma informática de fiscalización de contratos que emplea el Departamento, a lo que añade el informe de la Subdirectora Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento.

6º Respecto del complemento de productividad que percibía en los últimos años, el documento "Comparación de productividad general Subgrupo A2 Departamento Cuarto y la asignada a D. Marco Antonio " firmado por la Directora Técnica del Departamento, refleja la falta de rendimiento mientras que más de la mitad de los funcionarios que trabajaban con el demandante resultaban destacados por demostrar especial rendimiento, interés o iniciativa o haber realizado una actividad extraordinaria en el trabajo encomendado.

7º Finalmente, que no haya sido sancionado es algo ajeno a un rendimiento deficiente, que su falta de actualización formativa se demuestra al haber acudido en trece años a un solo curso y que dedicó parte de su jornada laboral a la realización de numerosas llamadas telefónicas sobre asuntos de interés particular, como lo prueba el testimonio de varios funcionarios del subgrupo A1. Y desmiente lo manifestado por los correos remitidos por dos compañeras que afirman haber compartido despacho con él y no haber sufrido molestias por sus llamadas telefónicas.



4. En cuanto a las necesidades organizativas la Abogacía del Estado opone, con carácter general, que las necesidades organizativas se establecen según los recursos disponibles, los puestos de trabajo y unidades de la organización, los sistemas, los procedimientos para el mejor desarrollo de sus actividades y el mejor empleo de los recursos y en concreto alega lo siguiente:

1º El Consejero expone en su informe la reducción de las necesidades de personal en la unidad de revisión de contratos al emplearse herramientas automatizadas de cruces de datos. En cuanto a que se ofertasen en el mes de junio de 2020 dos plazas de nivel 24 para funcionarios del Grupo A2 obedece a que, por la experiencia de su inadaptación, no procedía destinarle a un equipo de fiscalización que tuviese que realizar trabajos de campo y terminarlos en plazo.

2º Se remite de nuevo al informe del Consejero que acredita que la calidad, volumen de carga de trabajo y resultados son inferiores a los esperados para un funcionario de nivel 26.3 (sic) según los parámetros usuales referidos al tipo de trabajo que realiza.

3º Respecto del correo electrónico aportado por el demandante de la Directora Técnica para conseguir la incorporación de funcionarios del Cuerpo Técnico de Auditoría y Control Externo solicitada por el Consejero a la Comisión de Gobierno, alega que esa solicitud responde a necesidades de personal en los equipos de fiscalización a cuyo ritmo de trabajo no se ha adaptado el demandante, de ahí que le trasladase a otras unidades del Departamento sin que su rendimiento mejorase.

5. En consecuencia, el demandante no sólo no es necesario en su unidad, sino que la falta de actualización en su formación y su incapacidad para adaptarse funcionalmente impiden que se le tenga como un candidato óptimo ya sea en su propio Departamento o en otros.

SEXTO.- Por auto de 20 de mayo de 2021 se acordó el recibimiento del recurso a prueba con el resultado que consta en autos y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se abrió el trámite de conclusiones conforme al artículo 64 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) concediendo a la actora el plazo de diez días para formular conclusiones sucintas.

SÉPTIMO.- Por providencia de 22 de julio de 2021 se concedió a su vez a la parte demandada el plazo de diez días para que presentara las suyas, con el resultado que consta en autos.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, mediante providencia de 24 de septiembre de 2021 se designó Magistrado ponente y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 10 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y el 15 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN LITIGIOSA.

1. El demandante era funcionario del Cuerpo Técnico de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas, Cuerpo del subgrupo A2 de clasificación, y ocupaba el puesto de Jefe de Grupo de Unidad Fiscalizadora en el Departamento Cuarto. Antes de alcanzar la edad de jubilación de sesenta y cinco años solicitó su prolongación hasta los setenta años conforme al artículo 67.3 del EBEP, lo que se le denegó en los actos impugnados.

2. Este artículo 67.3 del EBEP contiene una regulación muy escueta: parte como regla general de que la jubilación forzosa del funcionario se producirá a los sesenta y cinco años, pero se puede solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta la edad de setenta años. Tal solicitud deberá resolverse motivadamente.

3. En el ámbito del Tribunal de Cuentas las previsiones del artículo 67.3 del EBEP se desarrollan mediante el procedimiento aprobado por acuerdo de la Comisión de Gobierno de 9 de mayo de 2013. La solicitud del demandante se tramitó conforme a ese acuerdo y con base en el informe del Consejero Titular del Departamento Cuarto, se le denegó la prolongación interesada por ausencia de necesidades organizativas en mantenerle en la relación de empleo y por su inadaptación funcional a los distintos puestos de trabajo.

SEGUNDO.- JURISPRUDENCIA DE LA SALA.

1. Esta Sala tiene una jurisprudencia consolidada sobre el artículo 67.3 del EBEP. Junto con las sentencias dictadas por la antigua Sección Séptima (cfr. entre otras, sentencias de 20 de diciembre de 2011 y 3 de diciembre de 2012, recursos de casación 6087/2010 y 976/2012), esta Sección Cuarta se ha pronunciado, por ejemplo y entre otras, en las sentencias 169/2017, de 6 de febrero, 407/2018 y 1814/2020, de 14 de marzo y 22 de diciembre, respectivamente (recursos de casación 2155 y 3018/2015, 2029/2019, respectivamente) y



ya más recientemente en las sentencias 12 y 963/2021, de 18 de enero y 6 de julio, respectivamente (recursos de casación 3474/2019 y 450/2020).

2. Esta jurisprudencia se resume así:

1º El ya derogado artículo 33 de la Ley 30/1984, preveía la prolongación de la edad de jubilación del empleado público como derecho funcional que podía denegarse sólo por dos razones: por 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 deja a la discrecionalidad de la Administración la apreciación de las circunstancias de cada caso, si bien y para evitar arbitrariedades la solicitud debe resolverse "de forma motivada".

2º Este derecho funcional lo hemos calificado como "derecho subjetivo condicionado", esto es, no absoluto sino dependiente de las necesidades organizativas de la Administración, necesidades que deben ser reales y probadas e invocarse como fundamento de lo que se decida.

3º La integración de esas necesidades puede consistir en valorar no sólo esas necesidades organizativas u objetivas sino, también, las circunstancias personales del funcionario como, por ejemplo, su nivel de adecuación a los estándares de calidad y volumen de trabajo fijados para su puesto, lo que lleva a valorar la calidad de su concreto trabajo, laboriosidad o si contribuye a la consecución de los objetivos del órgano en que presta servicios. En definitiva, se valora si la prolongación de su vida activa es positiva para los intereses públicos identificados con los que satisface la Administración.

4º También hemos dicho que una valoración negativa en esos aspectos subjetivos no exige que haya ido precedida de medidas disciplinarias pues nada tiene que ver, en principio, la comisión de una falta disciplinaria con un rendimiento deficiente o no acorde con lo esperable de un funcionario de determinado nivel y experiencia.

5º Si se alega que la Administración incurre en desviación de poder se asume la carga de probar que la Administración se aparta de los fines que la apoderan para decidir sobre la prolongación solicitada, o que la denegación no respeta los criterios de actuación fijados con carácter objetivo y generalizado en la normativa aplicable o que se haya querido beneficiar a otros intereses, privados o públicos, ajenos a las necesidades del servicio.

6º En fin, régimen distinto es el del personal estatutario para el que se exige que medie un plan de ordenación de recursos humanos o instrumento de planificación equiparable. En él deben concretarse las exigencias derivadas del interés general de forma que si falta el plan, bien por no existir o por haberse anulado, no cabe denegar la solicitud (cfr. artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

3. Por tanto de esta jurisprudencia se deduce lo siguiente:

1º Ante todo una obviedad: que hay una regla general y su excepción. La regla general es la impuesta por ley y es que la relación de servicios que vincula al funcionario con la Administración se extingue al llegar a la edad de jubilación de sesenta y cinco años; la excepción es que pueda prolongarse hasta los setenta años.

2º Esa prolongación se integra en el estatuto funcional no como expectativa o situación de mero interés, sino que tiene más entidad: es un derecho individual del funcionario. Tal consideración atenúa el componente de discrecionalidad, pero como no es un derecho absoluto sino condicionado, depende de las necesidades del servicio lo que da sentido a la idea de excepcionalidad. Estas necesidades no cabe entenderlas en un sentido estrictamente objetivo - que dependa de que haya escasez de personal, vacantes, por el volumen de trabajo, etc.- pues, aun concurriendo, no es un presupuesto que conlleve como efecto automático o indefectible la prolongación interesada.

3º Cobra así sentido el aspecto subjetivo que admite nuestra jurisprudencia: en lo objetivo puede haber datos que favorezcan el mantenimiento del funcionario en servicio activo, ahora bien, si tras analizar su rendimiento y contrastarlo con las necesidades del servicio se concluye que no ha sido el idóneo o esperable, no será arbitrario denegarle la prolongación de su vida activa. Esa eventualidad lo que evidencia es que tal derecho funcional queda supeditado al interés por el buen funcionamiento de la Administración, interés que implica que sea correcto dejar de contar con los servicios de quien no aportará un beneficio cierto.

4º De esta manera la comprensión de este derecho funcional exige captar que no es tanto un beneficio para el funcionario -que lo es- como, más bien, un beneficio para la Administración que así tiene la posibilidad de no prescindir del funcionario hasta el punto de enervar una regla general impuesta por ministerio de la ley como es la extinción de la relación de servicios al llegar a la edad de jubilación. En definitiva, si se accede a la prolongación es porque confluyen los dos intereses, el del funcionario que quiere seguir trabajando y el de la Administración que no quiere perderlo.



5º Cobra así sentido que la valoración de esa vertiente subjetiva no tenga que estar vinculada a que con anterioridad no haya sido sancionado o no haya visto reducidas sus retribuciones por productividad o removido del puesto (cfr. artículo 20.4 EBEP). Esas posibilidades son propias de una relación de servicios viva y que no se hayan activado -en beneficio del solicitante-, no impide que próxima ya su extinción, se valore qué aporta al servicio y se concluya que no procede exceptuar en su caso la regla general de jubilación por razón de edad.

4. De esta manera, con base en los criterios expuestos hemos fijado la siguiente jurisprudencia, para lo que se toma como cita la sentencia 1814/2020:

"... que la motivación de la decisión de la Administración respecto a la solicitud de un funcionario público sobre prolongación de la permanencia en el servicio activo, ex art. 67.3 EBEP, que deberá ajustarse a las previsiones al respecto de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, no está limitada necesariamente a razones de índole estrictamente organizativa, estructural o de planificación de recursos humanos, sino que también puede sustentarse en la valoración de la aportación concreta del funcionario al servicio público prestado y a la consecución de los fines encomendados, debiendo incorporar en todo caso la motivación necesaria".

TERCERO.- PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PLEITO.

1. El Tribunal de Cuentas adopta su decisión siguiendo las pautas marcadas por el acuerdo de su Comisión de Gobierno de 9 de mayo de 2013, resolución mediante la que este órgano constitucional aplica para su ámbito doméstico las previsiones del artículo 67.3 del EBEP, tanto el ya derogado de 2007, vigente al tiempo de dictarse tal acuerdo, como en el actual de 2015.

2. Se deja constancia de que, en lo formal, no se alega ya en autos alguna de las infracciones procedimentales que se plantearon en alzada ni se aprecia, añadimos ahora, falta de motivación en los actos impugnados: dan cumplida razón del porqué de la denegación que se impugna, para lo cual -en especial el acto originario-, se basa en el informe del Consejero de Cuentas del Departamento Cuarto y este en los antecedentes que recabó.

3. Entrando en lo realmente litigioso, la razón por la que se deniega la solicitud de prolongación de la edad de jubilación es la "*inadaptación funcional continuada del solicitante a la estructura del Departamento y a sus necesidades, así como a las necesidades organizativas del Departamento*", tal y como expone la resolución originaria impugnada y reitera la resolutoria de la alzada. Pues bien, al respecto se precisa lo siguiente:

1º Aunque la referencia a las "necesidades organizativas" parece apuntar al aspecto objetivo antes expuesto, tales necesidades llevan más bien al subjetivo pues, como se verá seguidamente, lo determinante de la denegación impugnada es que, debido a su actitud profesional, no se considera necesario contar con sus servicios en el Departamento Cuarto. Este es el sentido que se da a su "inadaptación funcional", razón por la que no hay "necesidades organizativas" para prolongar su relación de servicios.

2º El aspecto objetivo referido a las necesidades organizativas lo invoca el demandante basándolo en que hay vacantes o en la convocatoria de un concurso específico, lo que avalaría su derecho a la prolongación (cfr. Antecedente de Hecho Tercero.2); esos hechos en puridad no los niega el Tribunal de Cuentas, ni en sede administrativa ni en autos (cfr. Antecedente de Hecho Quinto.4), antes bien, los contempla desde esa inadecuación funcional del demandante, que es lo litigioso.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE LOS ACTOS IMPUGNADOS.

1. El Tribunal de Cuentas deniega la prolongación de la edad de jubilación con base en el informe desfavorable del Consejero de Cuentas del Departamento Cuarto de Fiscalización, informe que es preceptivo conforme al acuerdo antes citado de 9 de mayo de 2013. Los hechos en que se basa tal parecer desfavorable son, en resumen, los siguientes:

1º Desde 2012 hubo quejas de funcionarios del subgrupo A, en particular desde marzo de 2018, cuando fue asignado al equipo de revisión de la Plataforma de rendición de contratos; la razón fue el escaso rendimiento del demandante, muy inferior al del resto del equipo durante la mayor parte de 2018, 2019 y hasta julio 2020, con retrasos en la entrega de su trabajo provocando reiterados requerimientos tanto el superior directo como de la Dirección Técnica. Al final ese trabajo lo entregaba precipitadamente, sin profundidad y con errores, dificultando la supervisión. Y cuando fue destinado a otros equipos su ritmo de trabajo fue irregular, sin adaptarse a lo planificado, provocando retrasos en el cierre de las distintas actuaciones.

2º No mantenía actualizada la formación técnica para el desempeño de sus funciones de forma que en los últimos trece años sólo solicitó un curso del Programa de formación del Tribunal de Cuentas y lo hizo a instancias del entonces superior por tratarse de un curso propuesto por el propio Departamento y que se consideraba imprescindible para la revisión de las cuentas anuales de las empresas estatales. En aquella época estaba asignado al equipo de examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.



3º Realizaba y recibía durante su jornada laboral numerosas llamadas telefónicas sobre asuntos de particulares, lo que aparte de distraerle de su trabajo, dificultaba tanto el de sus compañeros de despacho como del personal situado en despachos colindantes, lo que motivó numerosas quejas.

4º Esta actitud se observó tanto en su trabajo en la sede del Tribunal de Cuentas como desplazado en una entidad fiscalizada, por lo que en los últimos años se le asignaron trabajos que no requiriesen desplazamientos.

5º En cuanto a las necesidades organizativas del Departamento y contrastadas con el hecho objetivo de la oferta en junio de 2020 de dos plazas de nivel de complemento de destino 24 para funcionarios de su mismo subgrupo A2, el Consejero informó que las necesidades de personal habían disminuido por la utilización de herramientas automatizadas de cruces de datos, por lo que las tareas que realizaba estaban cubiertas por las otras dos funcionarias asignadas a su ejecución, sin que sea solución reasignarle a otras tareas en el Departamento por las anteriores razones.

2. El informe desfavorable se basaba en cuanto a su rendimiento, en los cuadros que ilustran el trabajo del demandante y su contraste con el realizado por otros funcionarios. Además, se recabaron informes de la Subdirectora Jefe de la Asesoría Jurídica (doña Blanca); de la Subdirectora Técnica del Departamento de Empresas Estatales (doña Camino), del Subdirector Adjunto a la Directora Técnica (don Casiano), del Director de Programas (don Celso), más de dos funcionarios cuyos cargos no constan: don Cirilo y de don Cornelio . Todos se ratificaron en sus informes, a lo que se añaden los correos electrónicos y otras comunicaciones internas.

QUINTO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES Y PRUEBAS PRACTICADAS EN AUTOS.

1. En el Antecedente de Hecho Tercero hemos expuesto en síntesis el planteamiento del demandante, al que ahora nos remitimos. Tal y como se expone, ese planteamiento es, por un lado, que hay necesidades objetivas de personal, que además se convocó un concurso específico y que los funcionarios del subgrupo A2 pueden ocupar puestos inmediatamente inferiores. Y en cuanto a su actitud en el desempeño de su cometido profesional, contradice el parecer negativo del informe del Consejero.

2. Para atacar los actos impugnados, tanto en alzada como en autos, el demandante cuestionó los informes citados y así tenemos:

1º Que contradijo en alzada lo informado por la Subdirectora Técnica, doña Camino , respecto de los ejercicios 2008 y 2009 exponiendo que se desplazó a Barcelona realizando un trabajo intensivo hasta las once de la noche y abonando de su bolsillo gastos registrales. Respecto de los ejercicios de 2013 y 2014, reprocha que no informara si el resto de los funcionarios acudían a las reuniones o no contestaban los correos electrónicos, sólo se fija en él o que hubo algunas reuniones convocadas con pocos minutos de antelación. Y en cuanto al último trimestre de 2013, expone los problemas médicos que padeció.

2º A lo informado por el subdirector don Cornelio opuso que sólo se ciñe al periodo 2009, pero no a otros trabajos anteriores a 2012 y rechaza que hubiera malestar por parte del resto funcionarios.

3º En cuanto a lo manifestado por don Cirilo opuso que omitía unos trabajos para centrarse en otros y aportó un correo electrónico de doña Estela a la Dirección Técnica afirmando que su equipo en Cuenta General del Estado del que formaba parte el demandante, trabajó muy bien.

4º Respecto del cambio de despacho de doña Fátima , alegó que no consta queja alguna y de los correos electrónicos se deduce que quería cambiar de despacho, pero no por él.

5º Alega que en su carta-informe, la Subdirectora Jefe de la Asesoría Jurídica, doña Blanca , denunciaba el mal ambiente de trabajo, pero no aportaba pruebas; además los cuadros referidos al trabajo realizado eran superficiales e indeterminados y frente a lo informado aportó él correos electrónicos cruzados con las empresas con las que trabajaba para demostrar si su trabajo era deficiente.

6º En cuanto a los cuadros sobre seguimiento de contratos 2017 y 2018, no se especifica si estaban rendidos o no y entendió que su contenido era sesgado.

7º A lo informado por el Director de Programas en el Departamento Cuarto, don Celso opuso su falta de conocimientos por el escaso tiempo que llevaba en el puesto, aparte de que sus correos electrónicos son posteriores a fecha de solicitud de prolongación de funciones. En fin, respecto de que no se integrase en un grupo de Whatsapp promovido por tal Director durante el tiempo de confinamiento, cuestiona que sea una herramienta de trabajo en el Tribunal de Cuentas.

8º Respecto de su actitud en materia de formación, recordaba que no es obligatoria sino un derecho individual. En cuanto a las llamadas telefónicas privadas opuso la indeterminación de tal hecho y que los despachos son colectivos.



9º Finalmente, ya en autos, propuso como medios de prueba la certificación negativa de haber sido sancionado y así se ha certificado. En cuanto a la existencia de amonestaciones o advertencias, el Tribunal de Cuentas remitió a la Sala un informe de la Directora Técnica del Departamento de Empresas Estatales y otros Entes públicos, en los que se da cuenta de las deficiencias en tres trabajos de fiscalización, así como de la falta de resultados en los intentos por motivarle e incentivarle.

10º Siguiendo con las pruebas practicadas en autos, se remitió una certificación según la cual en 2020 hubo ocho jubilaciones, cuatro en el Departamento Cuarto y de ellas dos fueron por finalizar la prolongación de edad de jubilación y otra voluntaria de forma que sólo al demandante se le ha denegado, lo que implica una discriminación.

11º En cuanto a la percepción del complemento de productividad de funcionarios del subgrupo A2, del Departamento Cuarto, años 2016 a 2020, entiende que la documental aportada confirma lo alegado en su demanda y que percibió un complemento de productividad análogo al de los funcionarios a los que sí se les ha concedido la prolongación de la edad de jubilación.

12º Finalmente expone que respecto de las Normas Técnicas a las que se refiere en su demanda la Sala denegó recabar como prueba los memorandos de planificación, directrices técnicas, programas de trabajo, y la supervisión del trabajo (cfr. supra Antecedente de Hecho Tercero.3.7º y 8º).

3. En su escrito de contestación a la demanda que hemos resumido en el Antecedente de Hecho Quinto de esta sentencia, la Abogacía del Estado se remite a los informes y documentación de los que se sirvió el Consejero de Cuentas del Departamento Cuarto de Fiscalización al emitir su informe desfavorable, cuyo parecer se confirma con las pruebas practicadas en autos.

SEXTO.- JUICIO DE LA SALA Y DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA.

1. Partimos de la interpretación del artículo 67.3 del EBEP según la jurisprudencia de esta Sala resumida en el Fundamento de Derecho Segundo. Especialmente resaltamos lo expuesto en su punto 3 referido a la comprensión del régimen de prolongación de la edad de jubilación como derecho individual del funcionario, no absoluto sino condicionado, y desde tal premisa hemos resaltado la comprensión de lo litigioso (Fundamento de Derecho Tercero).

2. A grandes rasgos cabe deducir que al demandante se le ha denegado la prolongación de su vida activa por una sola razón: porque debido a las deficiencias en el desempeño del trabajo encomendado se ha considerado que, con esa prolongación, ningún beneficio aportaría al Tribunal de Cuentas. Cobra así sentido lo que hemos expuesto en el anterior Fundamento de Derecho Tercero.3 para justificar una excepción a la regla general - legalmente establecida- que es la extinción de la relación de servicios al llegar a los sesenta y cinco años.

3. Es obvio que las Administraciones al ejercer la potestad que el artículo 67.3 del EBEP les atribuye, pueden incurrir en arbitrariedad y que su ejercicio puede degenerar en desviación de poder. Esto ocurriría si esa potestad no se ejerce en beneficio de la Administración sino que se la perjudica al prescindir de un funcionario objetivamente competente y, además, necesario, perjudicándole también a él negándole un derecho a base de pretextar razones inexactas o falsas tras las cuales se pueda advertir, por ejemplo, animosidad hacia ese funcionario.

4. Como se ha dicho ya, el Tribunal de Cuentas desarrolló las previsiones del artículo 67.3 del EBEP mediante el acuerdo de 9 de mayo de 2013, de la Comisión de Gobierno. Tal acuerdo contiene unas reglas procedimentales que no son del caso, sí lo son los conceptos que se debe valorar y que son los siguientes:

1º El titular del Departamento en que estuviese destinado el solicitante debe emitir un informe preceptivo y vinculante, que justifique "... la necesidad o no de la prolongación, a tenor de la adecuación funcional del solicitante al puesto de trabajo en el marco de las necesidades organizativas del Departamento o Unidad razonadamente ponderadas al tiempo de dicha petición" (acuerdo 1.2.).

2º Si el informe es favorable " deberá contener una exposición lo más detallada posible de la adecuación del solicitante al puesto en el que pretende seguir prestando servicios, con referencia, en su caso, a las tareas que viniera desempeñando el solicitante, la imposibilidad de su sustitución por otro funcionario, el cumplimiento de los requerimientos de actualización formativa o de adaptación a los ritmos de trabajo, nuevas tecnologías u otros, que motivadamente se consideren indispensables para su desempeño" (acuerdo 1.3.).

3º Si el informe es desfavorable " habrá de motivarse con referencia a criterios objetivos, que deben aparecer vinculados a necesidades organizativas (eventual amortización de la plaza o reconversión de los requisitos del puesto), o a la incapacidad funcional del solicitante (inadaptación funcional continuada a la estructura del Departamento y sus necesidades objetivas)" (acuerdo 1.4.).



4º Con base en el informe, de ser la resolución favorable " *contendrá mención del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, así como de la justificación de la necesidad de continuidad del funcionario sustentada en el informe del Departamento...*" (acuerdo 1.4. párrafo segundo).

5º Pero si el informe es desfavorable " *...se dictará resolución denegatoria debidamente motivada, con expresión de las razones por las que se estima fundado rechazar la concesión de prolongación de permanencia en el servicio activo*" (acuerdo 1.4. párrafo tercero).

5. Pues bien conforme a lo expuesto se desestima la demanda por las siguientes razones:

1º Insistimos en que nos desenvolvemos en la excepcionalidad, en una posibilidad legalmente prevista pero que debe contemplarse como lo que es: que enerva la previsión legal, que es la regla general, de jubilación a los sesenta y cinco años. Esto lo confirma el acuerdo que acaba de exponerse: basta ver que exige una carga de motivación más intensa para conceder la prolongación que para denegarla.

2º No estamos ante un expediente disciplinario regido por el principio de presunción de inocencia en el que se castiga un hecho o unos hechos concretos con base en una prueba que destruya la presunción de inocencia y atendiendo a su calificación jurídica según su tipificación legal; por el contrario la potestad que se ejerce al amparo del artículo 67.3 del EBEP se basa en ponderar la andadura profesional del solicitante desarrollada a lo largo del tiempo y contrastarla con las necesidades de la Administración.

3º El informe del Consejero de Cuentas del Departamento Cuarto de Fiscalización se motiva con base en el acopio de una serie de antecedentes que evidencian cuál es la percepción que se tiene de lo que ha sido el quehacer profesional del demandante, luego prueban que concurren elementos que permiten concluir que en el tiempo considerado y a la vista de la calidad de su trabajo, no hay base para considerar que el demandante sea imprescindible.

4º De ese informe, de lo expuesto en los documentos en que se fundamenta y de lo razonado en alzada, se deduce una adecuada integración de los aspectos que el acuerdo de 9 de septiembre de 2013 obliga a ir considerando y razonando, aspectos o pautas que se consideran y que hemos referido en el anterior punto 4. 2º de este Fundamento de Derecho.

5º De su parecer no se deduce ni una intención torcida ni animosidad hacia el demandante, sino la valoración de su andadura profesional en la que sus superiores han tenido que ir empujándole hacia el cumplimiento de sus deberes, mostrando un poso de insatisfacción al valorarla. No habrá sido merecedor de sanción alguna, cierto, pero tampoco se le considera acreedor de un beneficio profesional cuyo sentido está en satisfacer el interés del servicio que se ejerce en el puesto que ocupa y desde el Cuerpo a que se pertenece, luego no se trata de satisfacer sólo el interés personal o individual del funcionario.

6º Decae así la fuerza de hechos como que, en efecto, hubiese vacantes o un concurso o que pudiera ocupar puestos inferiores o que a otros jubilados se les haya concedido la prolongación pretendida. Es más, ni siquiera el dato de la asignación de complemento de productividad es concluyente pues se diluye en el resto de los antecedentes; y, en fin, respecto de las Normas Técnicas a nada hubiera conducido su análisis en los términos que interesó, pues la documental referida a su contenido (memorandos de planificación, directrices técnicas, programas de trabajo o la supervisión del trabajo) habría requerido una compleja prueba técnica sobre el modo de trabajar del Departamento Cuarto y su contraste con el trabajo desarrollado por el demandante.

SÉPTIMO.- COSTAS.

1. De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA se hace imposición de costas a la parte demandante por rechazarse todas sus pretensiones.

2. Y, al amparo del artículo 139.4 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 500 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **DON Marco Antonio** contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que son conformes a Derecho, confirmándolas.

SEGUNDO.- Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ