

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2024**

Nº de Recurso: **12/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00636/2024

**Ponente: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

**Recurso número: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 12/2024**

**Recurrente: D<sup>a</sup>. Martina**

**Administración demandada: SERVIZO GALEGO DE SAUDE**

**EN NOMBRE DEL REY**

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

**SENTENCIA**

**Ilmos/as. Sres/as.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.**

**D. Luis Ángel Fernández Barrio**

**D<sup>a</sup>. Cristina María Paz Eiroa**

A Coruña, a 25 de septiembre de 2024. El recurso contencioso-administrativo, que con el número 12/2024 pende de resolución en esta Sala, ha sido interpuesto por D<sup>a</sup>. Martina, representada por el procurador D. Diego Ramos Rodríguez y dirigida por el letrado D. Estanislao de Kostka Fernández Fernández contra la desestimación presunta, por parte de la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas, del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 12 de julio de 2023 del Gerente del Área Sanitaria de Coruña y Cee, siendo parte demandada el Servizo Galego de Saúde representado y dirigido por el letrado de la Xunta de Galicia.

Es ponente el Ilmo. Sr. **D. Fernando Seoane Pesqueira.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando se tuviese por formulada demanda frente a la resolución recurrida y se dictase sentencia por la que: *"estimándolo, anule y deje sin efecto el acto administrativo recurrido por no ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas."*

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación de la demanda.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

**CUARTO.-** En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO: Objeto de impugnación y pretensiones articuladas.-** Doña Martina impugna la desestimación presunta, por parte de la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas, del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 12 de julio de 2023 del Gerente del Área Sanitaria de Coruña y Cee, por la que se denegó la autorización de permanencia en el servicio activo por no acreditarse la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondiente al nombramiento.

Las pretensiones articuladas se contienen en el suplico de la demanda, en el que se solicita que se anule y deje sin efecto el acto administrativo recurrido por no ser conforme a Derecho.

**SEGUNDO: Antecedentes de necesario conocimiento para la resolución de este recurso.-** Con fecha 14 de abril de 2023 la señora Martina, nacida el NUM000 de 1956, médica de familia de atención primaria con nombramiento de sustitución, siendo su Centro de Salud EDIFICIO000 A Coruña, solicitó la renovación, por un año, de la autorización de la permanencia en servicio activo que le había sido otorgada por resolución de 1 de julio de 2022 del Gerente del Área Sanitaria de A Coruña.

Como consecuencia de dicha solicitud la Dirección del Área de Recursos Humanos solicitó informe de evaluación de la capacidad funcional de la solicitante.

En informe emitido el 12 de julio de 2023 por el facultativo de la Unidad de la Prevención de Riesgos Laborales se calificó a la recurrente como no apta y, por lo tanto, carente de la capacidad funcional necesaria para proceder a la prolongación de la permanencia en el servicio activo. Literalmente se hace costar en dicho informe:

*"Una vez recibida la solicitud para prolongar el servicio activo se revisa:*

*- el aplicativo asistencial IANUS*

*- histórico de IT en el que están registradas:*

*-- Desde 2017,58 episodios de ausencias, de ellas 20 sin justificar*

*-- en el presente año de 2023, hay recogidas 13 ausencias, 6 de ellas sin justificar Durante la consulta telefónica llevada a cabo en su momento, la trabajadora no manifestó ningún episodio nuevo de salud en el último año.*

*Desde la anterior solicitud se registraron 20 ausencias a su puesto de trabajo, 7 sin justificar, por un total de 72 días, sin embargo la trabajadora durante la consulta telefónica no hace referencia a ningún problema de salud.*

*Conclusión:*

*Ausencias al puesto de trabajo de corta duración, reiteradas en los últimos años, deben hacer sospechar de un problema de salud no puesto en conocimiento de este Servicio médico de Salud Laboral, por lo que debe emitirse un informe desfavorable a la solicitud, considerándola, por tanto, NO APTA para la prolongación en el Servicio activo".*

A la vista del anterior informe, por resolución de 12 de julio de 2023 del Gerente del Área Sanitaria de Coruña y Cee, se denegó la autorización de permanencia en el servicio activo por no acreditarse la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondiente al nombramiento.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de alzada, que no obtuvo respuesta, pero por el Servicio Técnico Jurídico del Sergas se emitió informe considerando que por la Dirección Xeral de Recursos Humanos debía procederse a la desestimación del recurso de alzada.

**TERCERO: Alegaciones en que funda la demandante su impugnación.-** La demandante alega que la resolución denegatoria incurre en error al valorar la documentación por ella aportada en el expediente administrativo, pues cumple con la literalidad de lo expuesto en la normativa y entiende que la decisión adoptada es arbitraria, carente de fundamentación y motivación.

Expone la recurrente que con fecha 1 de julio de 2022 el gerente del Área Sanitaria de A Coruña dictó resolución autorizando la permanencia, prórroga, en el servicio activo por un año, hasta el 16 de julio de 2023, y que previamente, en fecha 29 de julio de 2022, el facultativo de la UPRL emitió un informe de aptitud médica, con la calificación de apta para el puesto de trabajo habitual, acreditando que la demandante reunía la capacidad funcional necesaria, para ejercer la profesión o desarrollar las actividades inherentes hasta el nombramiento.

Añade que en el año 2023, cuando se solicita la nueva prórroga, las capacidades y las actitudes de la demandante eran exactamente las mismas y nada había cambiado, por lo que sigue cumpliendo todos los requisitos para el ejercicio de su profesión, pese a lo cual cambió la resolución administrativa.

Aduce así mismo que verbalmente el 14 de junio de 2023 la Directora de Atención Primaria del Área Sanitaria de referencia, Dña. Amanda, comunicó que la prórroga del servicio estaba concedida, al cumplir todos los requisitos funcionales, pese a lo cual le fue denegada en la resolución de 12 de julio de 2023.

Se queja la actora de que no se le ha facilitado el informe del facultativo de la UPRL en el que se le califica como "no apto" para el puesto de trabajo habitual a pesar de haberlo solicitado por escrito.

Argumenta la demandante que considera que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión y para desarrollar las actividades correspondientes a ese nombramiento, sin que la decisión adoptada haya puesto de manifiesto una disminución de la capacidad física, psíquica o sensorial de la trabajadora para la realización de aquellas, pues nada ha cambiado y las capacidades de la demandante son las mismas ahora que cuando se le concedió la prórroga.

En ese sentido la recurrente considera que la Administración sanitaria infringe la exigencia de motivación que recoge el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

También alega la demandante que el Sergas va contra sus propios actos, pues, sin causa justificada o motivación, el 12 de julio de 2023 dictó una resolución que denegó la autorización de permanencia en el servicio activo, sin que hayan variado las circunstancias de la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión que habían provocado la autorización de la permanencia/prórroga en el servicio activo por un año hasta el 16 de julio de 2023. Es por ello que invoca la doctrina de los propios actos, que tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe. Por último, alega la vulneración del derecho a una buena Administración, deducido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución española y del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**CUARTO: Normativa aplicable y jurisprudencia interpretativa en la materia.**- Los motivos de denegación de la solicitud de autorización de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal estatutario se contienen en el artículo 4.3 de la Orden de 3 de julio de 2012, por la que se regula el procedimiento de dicho autorización, con arreglo al cual:

*"La solicitud de autorización se denegará por alguno de los siguientes motivos:*

- a) Falta por el/la interesado/a del requisito de la edad.*
- b) No concurrencia de necesidades asistenciales y/o organizativas que justifiquen la prolongación de la permanencia en el servicio activo, en los términos expuestos en la presente orden.*
- c) Incomparecencia del/de la profesional, sin causa justificada, a las citaciones para la valoración de la capacidad funcional efectuadas por los órganos competentes.*
- d) No quedar debidamente acreditado que la persona interesada reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento".*

La jurisprudencia mayoritaria no configura la prolongación del servicio activo como un derecho subjetivo que asiste al solicitante. En efecto, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la prolongación de servicio activo como derecho subjetivo del funcionario ni la única condición para que se otorgue dicha prolongación es la relativa a las necesidades organizativas. En primer lugar, porque el Tribunal Supremo admite la facultad de solicitar la prolongación, que solo otorga el derecho a exigir que la Administración resuelva, en sentido favorable o adverso, pero de forma motivada. Y en segundo lugar, porque tanto el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, como la Orden de 5 de diciembre de 2013 por la que se aprueba el Plan de ordenación de recursos humanos relativo a la jubilación, prolongación de la permanencia y prórroga en el servicio activo del personal estatutario del Servicio Gallego de Salud, exigen la acreditación de la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento por parte del funcionario solicitante, lo cual significa que si la resolución administrativa denegatoria se funda en la falta de capacidad del solicitante, y ello queda suficientemente constatado, se cumple la exigida motivación específica, de modo que, aunque las necesidades asistenciales u organizativas hicieran aconsejable la prolongación del servicio activo, si el funcionario no presenta la capacidad funcional necesaria para desempeñar el puesto de trabajo está justificada la denegación.

Desarrollando el primero de dichos argumentos, cabe recordar cuanto expusimos en la sentencia de 12 de junio de 2014, recaída en el recurso de apelación 84/2014, en relación con la prolongación de edad de jubilación de un funcionario de la Diputación de Pontevedra, en el que razonamos:

*"...Transcrito el precepto -se refiere al Art. 49 del Decreto 1/2008, anteriormente reproducido-, conviene advertir que la más reciente jurisprudencia del T.S. viene señalando que, a diferencia de lo que se sucedía con la regulación contenida en la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, ahora no nos encontramos con un derecho subjetivo de los funcionarios a la prolongación de su vida activa sino únicamente a una facultad de solicitarlo que solo otorga el derecho a exigir que la administración resuelva, en sentido favorable o adverso, pero de forma motivada. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la reciente sentencia del T.S. de 24 de abril de 2014 (recaída en el recurso 499/2013) en la que reitera, entre otras, lo señalado en la St. de 10 de enero de 2014 (recurso 1699/2012)... Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984, modificado por el art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público(LEBEP).*

En el mismo sentido argumentamos en sentencia de esta misma Sala y sección de 21 de marzo de 2017 (recurso: 44/2016):

*"... En esta materia hemos pasado del reconocimiento en la Ley 30/1984 de un derecho a la prolongación que se reconocía a los funcionarios al alcanzar la edad de jubilación hasta los 70 años a que el mismo quedara reducido a que se decida la cuestión a través de una resolución motivada".*

Esos argumentos fueron respaldados en la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo nº 678/2016, de 17 de marzo de 2016, en la que se confirmó la de esta Sala de 15 de octubre de 2014.

En cuanto al segundo de los argumentos antes expuesto, el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece la exigencia del requisito de capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, para autorizar la prolongación en el servicio activo, el cual ha sido interpretado por diversas Sentencias del Tribunal Supremo entre ellas, la de 7 de febrero de 2014, en iguales términos que la de 24 de enero de 2014 (recurso 3773/2012), y resumiendo su jurisprudencia anterior contenida, entre otras, en la sentencia de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012) así como en las sentencias de 15 de febrero y de 9 de marzo de 2012 (recursos de casación 2119/2012 y 1247/2011), sintetiza la doctrina jurisprudencial en tres puntos:

1º) El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente.

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

3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo.

La falta de capacidad funcional para el desempeño del puesto para el que ha sido nombrado/a, como justificación de la denegación, ha sido considerada idónea en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (recurso de casación 1078/2019) y 15 de noviembre de 2021 (RC 360/2020). En la primera de ellas se argumenta que la prolongación de funciones de personal estatutario exige la capacidad laboral respecto del puesto para el que se fue designado, mientras que en la segunda se razona que si, tras analizar el rendimiento del funcionario 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, pues tal decisión ha de quedar supeditada 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.

Por lo tanto, de esa doctrina del TS se desprende que para que pueda autorizarse la prolongación en el servicio activo ha de quedar acreditado que el funcionario solicitante reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.

**QUINTO: Examen de los motivos de impugnación.-** Entrando en el análisis de la alegación de la falta de motivación, una cosa es que se hayan de exponer las razones en que se fundamenta la decisión adoptada y otra que los argumentos expuestos resulten convincentes a la luz de lo que establece la normativa reguladora e interpreta la jurisprudencia.

En efecto, en el caso presente se han expuesto las razones en que se funda la decisión denegatoria de la prolongación en la permanencia del servicio activo, y en ese sentido no puede afirmarse que no existe

motivación, pero lo cierto es que los argumentos esgrimidos no justifican la apreciación de la falta de aptitud de la recurrente para el ejercicio de la profesión de médica y para el desarrollo de las actividades correspondientes a su nombramiento.

En el caso presente la resolución denegatoria se apoya en el informe del facultativo de la UPRL, en el que se resalta que en el año 2023 había recogidas 13 ausencias, 6 de ellas sin justificar, y que desde la anterior solicitud se registraron 20 ausencias a su puesto de trabajo, 7 sin justificar, por un total de 72 días, pese a lo cual la trabajadora, durante la consulta telefónica realizada, no hace referencia a ningún problema de salud. En base a esos datos se concluye que dichas ausencias de corta duración deben hacer sospechar de un problema de salud no puesto en conocimiento de este Servicio médico de Salud Laboral, lo cual determina el informe desfavorable y la deducción de que la recurrente no es apta para la prolongación en el servicio activo.

Por su parte, en el informe emitido previamente a la resolución del recurso de alzada se hace constar que el informe del médico de trabajo fue emitido con la calificación de no apta para la prolongación en el servicio activo y nuevamente se acude al histórico de incapacidad temporal y a las ausencias desde la concesión de la primera prórroga de permanencia en el servicio activo, no coincidiendo los datos con los del facultativo de la UPRL, pues en este se reseña, en el apartado de incapacidad temporal y justificante de enfermedad de un día un total de 66 días, en el de consulta médica el total de 5 días, en días sin justificar 8, y en otros permisos (enfermedad y fallecimiento familiar, acompañamiento revisión médica) 14 días.

En definitiva, se establece una doble presunción para denegar la renovación de la prolongación en el servicio activo de la demandante, pues en primer lugar, pese a que no se ha constatado debidamente, se presume que todas las faltas de asistencia al trabajo han sido debidas a enfermedad, y en segundo lugar se presume que esa enfermedad da lugar a la incapacidad funcional para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes al nombramiento de médico de familia. Esa doble presunción carece de respaldo probatorio, pues ni se ha demostrado que la totalidad de las ausencias al lugar de trabajo haya sido debida a enfermedad, ni ha quedado probado que esa presunta enfermedad haya dado lugar a la incapacidad para desempeñar el trabajo de médica de atención primaria para el que la recurrente ha sido nombrada. Por tanto, la motivación expuesta no justifica la conclusión denegatoria de la prolongación de la permanencia en el servicio activo de la actora.

En todo caso, la forma de afrontar las ausencias al trabajo que se estimen injustificadas no es a través de la denegación de la prolongación al servicio activo sino por el cauce de la incoación de un expediente disciplinario en el que se investigue y, en su caso, se castigue la infracción cometida, pues no ha de olvidarse que en el artículo 72.2.e. de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, se tipifica como infracción muy grave *“La falta de asistencia durante más de cinco días continuados o la acumulación de siete faltas en dos meses sin autorización ni causa justificada”*, y en el artículo 72.3.k de la misma norma legal se recoge como infracción grave *“La falta injustificada de asistencia durante más de tres días continuados, o la acumulación de cinco faltas en dos meses, computados desde la primera falta, cuando no constituyan falta muy grave”*, e incluso en el artículo 72.4.b. se prevé como infracción leve *“La falta de asistencia injustificada cuando no constituya falta grave o muy grave”*.

A lo anterior se añade que en el escrito de interposición del recurso de alzada se afirmaba por la actora que, previamente a la concesión de la prolongación de la permanencia en el servicio activo por resolución de 1 de julio de 2022 del Gerente del Área Sanitaria de A Coruña, por el facultativo de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales se había emitido, el 29 de junio de 2022, informe de aptitud médica de la señora Martina para el puesto de trabajo habitual, acreditando que reunía la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades inherentes al nombramiento, sin que dicha afirmación haya sido desmentida o desacreditada.

En consecuencia, no estando justificada la falta de capacidad funcional en la que se funda la decisión denegatoria, procede acoger las pretensiones del recurso planteado y anular la resolución administrativa impugnada.

**SEXTO: Costas procesales.**- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse las costas a la Administración demandada, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.4 LJ, se fija en 1.500 euros la cantidad máxima, en concepto de defensa de la demandante, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para exponer los motivos de impugnación esgrimidos.

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

que **estimamos** las pretensiones del recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Martina contra la desestimación presunta, por parte de la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas, del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 12 de julio de 2023 del Gerente del Área Sanitaria de Coruña y

Cee, por la que se denegó la autorización de permanencia en el servicio activo por no acreditarse la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondiente al nombramiento, y, en consecuencia, **anulamos** la resolución administrativa impugnada por no ser conforme a Derecho, imponiendo las costas a la Administración demandada, fijando en 1.500 euros la cantidad máxima, en concepto de defensa de la demandante.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0012-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.