

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 20 Abr. 2005, rec. 61/2005**

Ponente: Seoane Pesqueira, Fernando

N.º Sentencia: 272/2005

N.º Recurso: 61/2005

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY JURIS: 2087686/2005

**Texto**

En la Ciudad de La Coruña a veinte de abril de dos mil cinco RECURSO DE APELACIÓN 0000061 /2005  
EN NOMBRE DEL REY

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha

pronunciado la:

**SENTENCIA N° 272/2005**

Ilmos. Sres.

DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ-PTE.

DON FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

DON GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO

En el recurso RECURSO DE APELACIÓN 0000061 /2005 pende de resolución de esta Sala, interpuesto por LA XUNTA DE GALICIA, contra la Sentencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil cuatro dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Pontevedra. Es parte apelada Julieta.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El recurso de apelación se interpone contra la Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2004 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pontevedra, en el procedimiento abreviado que con el número 330/04 se sigue en dicho Juzgado, sobre Prolongación de Servicio activo y en cuya parte dispositiva se acordó: "que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado d. Alberto Gallego Rivera en nombre y representación de DOÑA Julieta interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso deducido contra la resolución del Jefe de Servicio de Profesorado de Educación Secundaria, Formación profesional y Especiales de fecha 9-3-2004 y con anulación del acto presunto y de la citada resolución por contraria a derecho, declaro el derecho de la recurrente a la prolongación del servicio activo establecido en el art 33.2 de la Ley 30/1984, como funcionarla docente interina y el reconocimiento como situación jurídica individualizada

del derecho a ocupar la plaza que le corresponde si persisten los motivos para su desempleo en esa situación y ocupa en la lista de interinos preferencia para ser llamada, y al percibo de las retribuciones dejadas de percibir, de acuerdo con las bases reseñadas en el fundamento jurídico segundo, sin hacer expresa condena en costas".

**SEGUNDO:** Por el Letrado de la Xunta de Galicia se presentó escrito interponiendo recurso de apelación contra la anterior Sentencia, de dicho escrito se confirió traslado a la otra parte en el recurso y se acordó la remisión de las actuaciones a este Tribunal, recibidas en esta Sala, se designó Ponente y quedaron las mismas sobre la mesa para resolver por el turno que corresponda.

**TERCERO:** En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

**PRIMERO.-** Habiendo interpuesto en su día doña Julieta recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso interpuesto contra la resolución de 9 de marzo de 2004 del Jefe de Servicio de Educación Secundaria de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria denegatoria de su solicitud de prórroga en el servicio activo hasta los setenta años, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Pontevedra lo estimó en el sentido de anular la resolución administrativa impugnada y de declarar el derecho de la recurrente a la prolongación del servicio activo establecido en el artículo 33.2 de la Ley 30/1984, como funcionaría docente interina, y el reconocimiento como situación jurídica individualizada del derecho a ocupar la plaza que le corresponde si persisten los motivos para su desempeño en esa situación y ocupa en la lista de interinos preferencia para ser llamada, y al percibo de las retribuciones dejadas de percibir, de acuerdo con las bases reseñadas en el fundamento jurídico segundo, contra cuya sentencia interpone el Letrado de la Xunta de Galicia el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** La sentencia acoge el recurso contencioso-administrativo porque considera que, en base a los artículos 105 de la Ley articulada de los funcionarios civiles de 7 de febrero de 1964, y 8 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, el derecho a la prolongación en la situación servicio activo, establecida en el artículo 33.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, también es aplicable a los funcionarios interinos, en cuanto no resulta incompatible con dicha situación, pese a la naturaleza jurídica temporal y precaria del interino, argumentando que aquella prolongación de la mencionada situación no impide que cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el artículo 7.3 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, se acuerde el cese en el desempeño del puesto de trabajo.

Frente a dicha sentencia el Letrado de la Xunta considera que aque-

llos artículos 105 de la Ley de 1964 y 8 de la Ley 4/1988 no constituyen base suficiente, pues pese a que se trata de personal interino de larga duración, su propia condición determina que esté subordinado a qué cuando concorra alguno de los supuestos del artículo 7.3 de la Ley 4/1988 (cobertura de la plaza por un funcionario con carácter definitivo o mediante adscripción temporal, desaparición de la plaza de la correspondiente relación de puestos de trabajo) ha de cesar su relación de servicios, a lo que se añade que el apartado 4 de aquel artículo 7 señala que los puestos de trabajo ocupados por personal interino deben figurar en los procedimientos de provisión en la primera y sucesivas ofertas públicas de empleo, excepto los supuestos de sustitución de funcionarios con derecho a reserva de plaza; argumenta asimismo que tanto el artículo 33.2 de la Ley 30/1984 como el 47 de la Ley 4/1998 sólo se refieren a funcionarios de carrera, no sólo porque no aluden al personal interino sino también porque los requisitos de acceso a la función pública como los de extinción vienen ligados a la relación de permanencia estable en el puesto de trabajo, lo que no ocurre con los interinos.

**TERCERO.**- El tema central de debate para la decisión en esta apelación es la determinación de si el derecho a la prolongación en la situación de servicio activo una vez llegados los 65 años, es compatible con el carácter de provisionalidad, temporalidad y transitoriedad peculiar del personal interino.

El artículo 33.2 de la Ley 30/1984, tras la redacción derivada de la Ley 13/1996, permite, una vez llegada la edad de sesenta y cinco años como ordinaria de jubilación de los funcionarios públicos, la prolongación voluntaria en la situación de servicio activo hasta los setenta años de edad como máximo.

Inicialmente conviene diferenciar, dada su distinta situación jurídica, entre el funcionario público interino y el funcionario público de carrera.

Pese a que en principio al funcionario público interino quepa considerarlo como un funcionario público en cuanto incluido en el concepto genérico de personal público, más concretamente como personal de la Administración pública, incorporado a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por Derecho Administrativo (art. 1 del Decreto 315/1964, de 7 de Febrero), dicha naturaleza jurídica queda singularizada por su vinculación con la Administración a los efectos de su clasificación, al distinguir el art. 3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero, entre funcionarios de carrera (integrados en Cuerpos Generales y Especiales), y funcionarios de empleo, que pueden ser eventuales o interinos, mientras que la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, diferencia, dentro del personal al servicio de la Comunidad Autónoma, entre funcionarios (que son los de carrera), personal eventual, interino y laboral. Por lo tanto, según la primera de aquellas distinciones, el funcionario interino aparece como una especie funcional diferenciada esencialmente del funcionario de carrera, según se desprende de la delimitación legal que de este último tipo

funcionarial hace el Decreto 315/1964, de 7 de Febrero, de la que se deduce el elemento de permanencia característico de estos últimos, no atribuible al funcionario interino, ya que están llamados a ocupar puestos de trabajo por razones de necesidad o urgencia, y en tanto los mismos no se provean por funcionarios de carrera (arts. 4 y 5.2 de la Ley de Funcionarios Públicos de 1.964 y art. 7.1 de la Ley 4/88).

Esta caracterización del funcionario interino delata, por un lado, su naturaleza jurídica temporal y precaria (aún cuando de hecho, en ciertos supuestos, no sea así), lo cual ni siquiera desaparece cuando se trata de los interinos de larga duración como la recurrente, porque, como señala el defensor de la Administración autonómica, su propia condición determina que esté subordinado a que cuando concorra alguno de los supuestos del artículo 7.3 de la Ley 4/1988 (cobertura de la plaza por un funcionario con carácter definitivo o mediante adscripción temporal, desaparición de la plaza de la correspondiente relación de puestos de trabajo) ha de cesar su relación de servicios, además de que los puestos de trabajo ocupados por personal interino deben figurar en los procedimientos de provisión en la primera y sucesivas ofertas públicas de empleo; y por otro lado, y por conexión con dicho rasgo esencial, su diferenciable régimen jurídico, tal y como establece el art. 105 del Decreto 315/1964, de 7 de Febrero, al disponer: "A los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas"; precepto que se ha de considerar vigente en lo que no se oponga a la Ley 30/84, de 2 de Agosto. Desde esta perspectiva jurídica claramente se deduce que los funcionarios interinos lo son con un régimen estatutario propio, pero que incide necesariamente en el marco de sus derechos, no tanto de sus obligaciones; y que, aunque no esté contenido de forma unitaria y sistemática en una norma jurídica, si cabe definirlo desde el alcance interpretativo del reseñado art. 105, así como de otras normas sectoriales (en materia de derechos pasivos y Seguridad Social; en el establecimiento de los criterios y principios de su procedimiento de selección; en la regulación de servicios de la Administración pública, que evidencia la propia situación limitadora en el campo retributivo de este tipo de funcionarios de empleo; y su régimen retributivo), que no son sino desarrollo de dicho precepto y que conforman un grupo normativo y regulativo propio, complementado por las normas reguladoras de los funcionarios públicos que con carácter supletorio le son aplicables.

Debe destacarse que uno de los supuestos en que no es aplicable a los funcionarios de empleo el régimen jurídico de los funcionarios de carrera es el relativo al derecho a la permanencia en la función, que lógicamente comprende el derecho a la prolongación en el servicio activo, pues este derecho es incompatible con el carácter transitorio del personal interino, el cual ha de cesar - cuando la plaza que ocupa sea cubierta por un funcionario de carrera. Por tanto, si con antelación se accediese a la petición de prolongación en servicio activo de quien es

personal interino sería tanto como reconocerle una vinculación permanente, porque el servicio activo implica el desempeño de un puesto de trabajo o la ocupación de una plaza (artículo 3.1.a del RD 365/1995 y 3.1.a del Decreto autonómico 92/1991) y la Administración no puede asumir el compromiso de que el solicitante desempeñará un puesto u ocupará una plaza hasta los 70 años, dada su condición de personal interino. El mismo condicionamiento que se establece en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia revela esa imposibilidad de compromiso futuro. Por lo demás, el servicio activo es una de las situaciones administrativas recogidas en el artículo 2 del RD 365/1995 y 2 del Decreto autonómico 92/1991, de 20 de marzo, y precisamente la prolongación voluntaria en dicha situación hasta los 70 años es lo que permite el artículo 33.2 de la Ley 30/1984 (habla expresamente el art. 33.2 de la prolongación en esa "situación") y lo que solicita la actora en su escrito de 16 de julio de 2004 (folio 10 del expediente); sin embargo, los funcionarios interinos no disfrutaban de dichas situaciones administrativas, las cuales constituyen auténticos derechos subjetivos ex lege tan sólo predicables respecto del funcionario de carrera, en tanto que el interino, cuando no pueda permanecer desempeñando el puesto en servicio activo, no podrá optar por pasar a otra situación administrativa sino que debe cesar en el desempeño. De hecho, la Ley de 1964 regula las situaciones administrativas en el título III, rubricado "funcionarios de carrera", en tanto que a los funcionarios de empleo les dedica el título IV.

A lo anterior ha de añadirse que la jubilación es una de las causas de extinción o pérdida de la condición de funcionario de carrera, no del personal interino, tal como se desprende del artículo 37.2 de la Ley de 1964 y 46 de la Ley 4/1988, en congruencia con la vinculación de permanencia estable propia del primero, incompatible con el segundo, pese a que se trate de un interino de larga duración como la recurrente.

Frente a todo lo anterior no resulta operativa la cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, pues se refieren al régimen de excedencia para el cuidado de sus hijos contemplado en el art. 29,4 L 30/1984, no a la prolongación en la situación de servicio activo, además de que razonan en función de parámetros constitucionales derivados de la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 CE.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 CE.), y consideran que aquella excedencia no es incompatible con el carácter temporal propio del personal interino.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación con la consiguiente desestimación del recurso contencioso-administrativa.

**CUARTO.-** Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al acogerse el recurso de

apelación no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

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

### FALLAMOS

que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Pontevedra de 29 de diciembre de 2004, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y en su lugar, desestimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por DOÑA Julieta contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso interpuesto contra la resolución de 9 de marzo de 2004 del Jefe de Servicio de Educación Secundaria de la Conselleria de Educación y Ordenación Universitaria denegatoria de su solicitud de prórroga en el servicio activo hasta los setenta años, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que es firme por no haber contra ella recurso ordinario alguno y devuélvanse los autos con el expediente y certificación de la misma al Juzgado de procedencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

