

RESOLUCIÓN número 00345/18, 08 de febrero de 2018

Visto por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Navarra el expediente del recurso de alzada número **17-02405**, interpuesto por **DON** contra desestimación tácita, por parte del **AYUNTAMIENTO DE PERALTA**, del recurso de reposición interpuesto contra decreto de la Alcaldía de fecha 28 de marzo de 2017, y contra la desestimación tácita de solicitud formulada con fecha 24 de abril de 2017, sobre permuta de plazas entre un Agente Municipal y un Agente de Policía Local de diferentes entidades locales y solicitud de indemnización por incapacidad permanente total.

Ha sido Ponente don Miguel Izu Belloso.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Con fecha 22 de marzo de 2017 el ahora recurrente, agente municipal del Ayuntamiento de Peralta, solicita de dicha entidad local la permuta de su puesto de trabajo por otro igual en el Ayuntamiento de Milagro, cuyo titular firmaba también la misma instancia.

Mediante Decreto del Alcaldía número 123/2017, de 28 de marzo de 2017, se accedió a la permuta con efectos desde esa misma fecha. Dicho acto se notificó al interesado el día 4 de abril de 2017.

2º.- El 28 de marzo de 2017 se dicta resolución de la alcaldesa del Ayuntamiento de Milagro aprobando también la permuta solicitada con efectos de esa misma fecha.

3º.- Mediante Resolución 799/2017, de 27 de marzo, de la directora general de Función Pública, se jubila al recurrente como funcionario del Ayuntamiento de Peralta con efectos de 31 de marzo de 2017 reconociéndole una pensión de jubilación por incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común. El informe del Tribunal Médico de Valoración de Incapacidades de Navarra que fundamenta dicha resolución fue emitido del 15 de marzo de 2017, y el escrito del recurrente de opción por la jubilación, y no por la reubicación en otro puesto de trabajo, es de 23 de marzo de 2017.

4º.- Con fecha 24 de abril de 2017 el recurrente solicitó la indemnización por incapacidad permanente total prevista en el acuerdo de condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Peralta.

Con fecha 3 de mayo de 2017 interpuso recurso de reposición contra el Decreto del Alcaldía número 123/2017, de 28 de marzo de 2017.

5º.- Ante la falta de respuesta municipal, contra la desestimación presunta de su solicitud de indemnización y del recurso de reposición por silencio administrativo, el interesado interpone recurso de alzada ante este Tribunal.

6º.- Mediante providencia de la presidenta de este Tribunal se dio traslado del recurso al ayuntamiento citado para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración

Local de Navarra, en materia relativa a impugnación de actos y acuerdos de las entidades locales de Navarra, según la redacción dada al mismo por el Decreto Foral 173/1999, de 24 de mayo, remitiera el expediente administrativo o copia diligenciada del mismo, incorporando las notificaciones para emplazamiento efectuadas y presentara, de estimarlo conveniente, informe o alegaciones para justificar la resolución recurrida; extremos ambos que fueron cumplimentados por la entidad local.

7º.- Por la parte recurrente se ha solicitado la práctica de prueba de interrogatorio del Ayuntamiento en la persona del alcalde, prueba que este Tribunal no considera necesaria dado que las cuestiones sobre las que debiera recaer ya han sido respondidas en el informe municipal y todos los hechos relevantes para dictar resolución figuran acreditados en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación.

La Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra (LFPN), en su artículo 21.3 dispone lo siguiente:

"Podrá darse la permuta entre dos funcionarios públicos que ostenten la condición de Policía Local o Agente Municipal y pertenezcan a entidades locales distintas, consistiendo aquella en el intercambio voluntario de sus destinos, previa aprobación de las entidades locales intervinientes.

En el caso de permuta entre Agentes o Auxiliares de Policía Local, los solicitantes de plaza en zona vascofona o mixta deberán, si procede, acreditar el conocimiento de euskera requerido para ejercer su función en el destino solicitado".

De este precepto se deduce que la permuta es un modo excepcional de provisión de puestos de trabajo, ya que la norma general es la oposición y el concurso. También se deduce que lo que se permutan no son los puestos de trabajo o plazas concretas, sino los funcionarios. Así lo dice expresamente la ley, y así se deduce también del segundo párrafo transcrito, ya que la plaza afectada sigue manteniendo los mismos requisitos de desempeño previstos en la plantilla orgánica en cuanto a conocimiento de euskera (y, añadimos, el resto de requisitos).

Que se permutan funcionarios y no plazas se deduce también con toda claridad de lo que dispone el artículo 62 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero):

"1. El Subsecretario, en su Departamento, y el Vicepresidente de la Comisión Superior de Personal, si se trata de Ministerios distintos, podrán autorizar excepcionalmente permutas de destinos entre funcionarios en activo o en excedencia especial, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los puestos de trabajo en que sirvan sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión.*
- b) Que los funcionarios que pretendan la permuta cuenten, respectivamente, con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco.*
- c) Que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos.*

2. En el plazo de diez años, a partir de la concesión de una permuta, no podrá autorizarse otra a cualquiera de los interesados.

3. No podrá autorizarse permuta entre funcionarios cuando a alguno de ellos le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa.

4. Serán anuladas las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tenga lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes".

Aunque los límites que marca dicho precepto no son aplicables en nuestro caso, ya que el legislador foral no ha estimado necesario introducirlos, se deduce que la finalidad de esta institución es asegurar que, una vez producida la permuta, los funcionarios afectados seguirán desempeñando los puestos de trabajo durante un período de tiempo razonable. Se plasma así el principio de que el interés público en el buen funcionamiento del servicio se impone a los intereses particulares de los funcionarios. Es por ello que no se permite, no solo la permuta de puestos de trabajo vacantes, sino la permuta entre funcionarios que tienen próxima la fecha de jubilación, pues en tal caso la Administración en realidad no permuta funcionarios sino, transcurrido cierto plazo, una o dos vacantes.

Pues bien, del expediente se desprende con nitidez que lo que pretendía el Ayuntamiento de Peralta con la supuesta permuta entre funcionarios era justamente lo que no prevé la ley, permutar un funcionario por una vacante. En la fecha en que se aprueba la permuta, 28 de marzo de 2017, al Ayuntamiento ya le constaba que el recurrente iba a jubilarse en brevísimo plazo, o le tenía que constar, no es de recibo suponer que nada sabía a la vista de su larga baja por enfermedad. Se desprende que le constaba esa inminente jubilación de lo que afirma el propio informe de alegaciones suscrito por el alcalde: "*Dicho acuerdo se adoptó al entender el Ayuntamiento de Peralta que la permuta era beneficiosa para la entidad local puesto que se evitaba la convocatoria de la plaza suponiendo un ahorro económico*". Convocatoria motivada, como es evidente, por la vacante que se iba a producir de inmediato, la resolución por la cual se le jubila como "*funcionario del Ayuntamiento de Peralta*" ya había sido dictada. El propio recurrente había solicitado la jubilación por escrito el 23 de marzo de 2017, lo cual ha de entenderse como un desistimiento tácito de su solicitud de permuta firmada el día anterior, porque no cabe instar las dos cosas a la vez.

Hemos de entender, pues, que el Decreto impugnado se dicta incurriendo en desviación de poder. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008\4089) explica al respecto lo que sigue:

«Entre otras muchas sentencias de esta Sala, en la STS de 16 de marzo de 1999 hemos señalado que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de

1983 y 3 de febrero de 1984.

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la Sentencia de 8 de noviembre de 1978 .

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983.

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987».

El Ayuntamiento aprueba formalmente lo que parece una permuta de funcionarios, pero en realidad está permutando una vacante por un funcionario, lo que determina su invalidez.

Procede, por tanto, la anulación del Decreto impugnado, tal como figura entre las pretensiones del recurso de alzada. Ciertamente que el recurrente utiliza otros argumentos jurídicos distintos para justificar su invalidez, pero lo que determina el objeto del recurso no son esos argumentos sino las pretensiones, por lo cual declarar la invalidez no supone apartarse de ese objeto ni conceder nada distinto de lo pedido.

SEGUNDO.- Indemnización por incapacidad permanente total.

No siendo válida la permuta aprobada por el Ayuntamiento de Peralta, resulta que el recurrente fue jubilado por incapacidad permanente total como funcionario de dicho Ayuntamiento, como por otra parte se contiene expresamente en la Resolución 799/2017, de 27 de marzo, de la directora general de Función Pública, por lo que resulta de aplicación el acuerdo de condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Peralta registrado por Resolución de 6 de junio de 2013, de la directora general de Trabajo y Prevención de Riesgos, y publicado en el Boletín Oficial de Navarra número 121, de 26 de junio de 2013. A la falta de contrato de seguro que alega el Ayuntamiento, por haber excluido al recurrente la compañía aseguradora, hemos de aplicar los mismos criterios ya señalados en nuestra Resolución número 1934, de 12 de agosto de 2015, recayendo la obligación de abonar la indemnización en el Ayuntamiento. Procede estimar, por tanto, también esta pretensión del recurrente.

Por todo lo expuesto, el Tribunal,

RESUELVE: Que debe estimar, como estima, el recurso de alzada arriba referenciado interpuesto contra desestimación presunta por silencio administrativo negativo de la solicitud de indemnización por incapacidad permanente total para su profesión habitual y del recurso de reposición contra el Decreto del Alcaldía número 123/2017, de 28 de marzo de 2017, ambos actos del Ayuntamiento de Peralta, actos todos ellos que se anulan por ser contrarios al ordenamiento jurídico, declarando el derecho del recurrente a percibir la indemnización aludida en los fundamentos de derecho.

Así por esta nuestra resolución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- M^a Asunción Erice.- Miguel Izu.- Jon-Ander Pérez-Ilzarbe.- Certifico.- María García, Secretaria.-