

Roj: **STS 39/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:39**Id Cendoj: **28079130072016100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **19/01/2016**Nº de Recurso: **3097/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil dieciséis.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados arriba indicados, ha examinado el recurso de casación número 3097/2014, interpuesto por la **GENERALITAT VALENCIANA**, representada y defendida por la Abogada de sus Servicios Jurídicos, contra el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2014, que estimó el recurso de reposición deducido contra el auto de 5 de junio de 2014, que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000192/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 28 de febrero de 2014 del Gerente del Departamento de Salud de Castellón que denegó la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo formulada por doña Virtudes y declaró su jubilación forzosa.

Siendo parte recurrida **DOÑA Virtudes**, representada por el Procurador don Francisco Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Doña Virtudes, facultativo especialista en oftalmología y prestación de servicios como Jefe de Sección en el Servicio de Oftalmología del Hospital General de Castellón obtuvo autorización para prolongar su permanencia en el servicio activo una vez cumplidos sesenta y cinco años de edad (hecho acaecido el NUM000 de 2011), en virtud de las resoluciones de 26 de enero y 21 de julio de 2011; 10 de febrero de 2012 y 13 de febrero de 2013, del Gerente del Departamento de Salud de Castellón.

Estando próximo el vencimiento de la última de las autorizaciones concedidas (el NUM000 de 2014), solicitó el 29 de noviembre de 2013 prolongar su permanencia en el servicio activo por un año más.

La resolución de 28 de febrero de 2014 del Gerente del Departamento de Salud de Castellón denegó la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo formulada por aquella y declaró su jubilación forzosa al finalizar la jornada del 31 de marzo de 2014.

La Sra. Virtudes interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución citada. En el escrito de interposición solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de misma de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la LRJCA. Alegaba en aras a determinar la existencia del principio del fumus boni iuris las circunstancias relativas a la suspensión de la Disposición Transitoria Primera de la Orden 2/2013, de 7 de junio, y encontrarse a la fecha de la jubilación en la situación de prolongación tácita en el servicio activo por un año, e invocaba perjuicios irreparables derivados de su ejecución, como era la imposibilidad material de seguir ejerciendo su profesión para la sanidad pública.

Turnado el recurso a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y conferido previo traslado a la Abogada de la Generalidad Valenciana, por auto de cinco de junio de dos mil catorce la Sala de Valencia denegó la medida cautelar solicitada.



Notificado el auto precedente, la representación procesal de la Sra. Virtudes interpuso frente a él recurso de reposición, que resultó estimado por otro auto de la Sala de Valencia de veintiocho de julio de dos mil catorce en base a las siguientes consideraciones:

«UNICO: Habiéndose anulado, mediante Sentencias de este Tribunal, número 528/2014, de 21/julio (recurso num. 233/13) y de 22/julio/2014 (recurso num. 234/13), la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, que regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a tales Instituciones Sanitarias, así como parcialmente el Acuerdo de 7/junio/2013, del Consell de la Generalitat Valenciana, que aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad, ha quedado carente de cobertura jurídica la actuación administrativa objeto de controversia, por lo que procede estimar el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 5/junio/2014, y dejando sin efecto el mismo, acceder a la medida cautelar solicitada por la recurrente».

SEGUNDO.- Notificado el citado auto, la Abogada de la GENERALITAT VALENCIANA anunció recurso de casación, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de cuatro de septiembre de dos mil catorce, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Superioridad.

TERCERO.- La Abogada de la GENERALITAT VALENCIANA presentó el 10 de diciembre de 2014 escrito de interposición del recurso de casación en el que, después de formular el motivo en que lo apoyaba, terminó suplicando a la Sala que dictara sentencia revocando el auto impugnado y denegando la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- Comparecida la recurrida, por providencia de 16 de enero de 2015 se admitió el recurso de casación y se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Concedido el oportuno traslado, el Procurador don Francisco Abajo Abril presentó el 25 de marzo de 2015 escrito de oposición al recurso de casación, en el que tras alegar cuanto estimó oportuno suplicó a la Sala que dictara sentencia: «(...) desestimando el presente recurso de casación, confirmando el auto del TSJCV, con imposición de costas a la Administración recurrente».

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, por providencia de 28 de septiembre de 2015 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día trece de enero de dos mil dieciséis, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

VISTO , y en atención a los fundamentos de Derecho que se expresan.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en casación el auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de veintiocho de julio de dos mil catorce , que estimando el recurso de reposición deducido por doña Virtudes contra el auto de cinco de junio de ese mismo año, en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000192/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 28 de febrero de 2014 del Gerente del Departamento de Salud de Castellón recurrida en el proceso de instancia, con fundamento en la anulación por dos sentencias de la Sala de Valencia de 21 de julio de 2014 (recaídas en los recursos 234 y 233 de 2013), del Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana número 7042 de 10 de junio de 2013 en la parte relativa a la jubilación del personal estatutario, y de la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2013.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contiene un único motivo de casación formulado al amparo del supuesto del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA), en el que denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 129.1 y 130 de la misma Ley citada, en relación con el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2013 (casación 370/2012).

Aduce que el auto recurrido incurre en un evidente error al fundamentar y justificar la suspensión, porque no tiene en cuenta que las sentencias que invoca a tal fin no son firmes al encontrarse recurridas en casación y que anulan única y exclusivamente por motivos formales la Orden 2/2013 y los apartados III; IV y V del Anexo



II del Plan de Ordenación de Recursos Humanos relativos a la jubilación, que sigue en vigor en todo lo demás. Explica que sí existe, por tanto, un Plan que establece la gestión y ordenación de los recursos sanitarios, y que justifica la denegación por parte de la Administración de la prolongación del servicio activo.

Manifiesta que de acuerdo con la propia dicción del artículo 26.2 de la Ley 55/2003, el Plan de Ordenación de Recursos Humanos es necesario para autorizar la prolongación, es decir, para determinar las condiciones que permitan la misma, en consecuencia si no existiera Plan -que sí existe- lo procedente sería aplicar la regla general, es decir la jubilación forzosa.

Invoca la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2014 (casación 2904/2012) que manifiesta resuelve un supuesto igual al presente, y que reproduce en los particulares de su interés.

Cita a continuación los artículos 129.1 y 130 de la LRJCA y razona que el auto recurrido vulnera la normativa y jurisprudencia invocada en el motivo porque de ejecutarse el acto administrativo recurrido no se produciría ninguna situación de irreversibilidad, pues al recurrente se le podrían reponer los ingresos dejados de percibir, y el no contacto con la profesión, constituye un efecto inherente a la jubilación forzosa de cualquier funcionario público. Y porque en todo caso debe de prevalecer el interés público de la organización sanitaria, manifestado a través de los Planes de Ordenación de Recursos Humanos.

Reproduce el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 y el auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013, recaído en la cuestión de inconstitucionalidad nº 661/2012 , que consideran la prórroga en el servicio activo una situación excepcional, únicamente posible cuando el funcionario esté en plenas facultades y supeditada a una necesidad de acuerdo a los Planes de Ordenación de Recursos Humanos de los Servicios de Salud, que constituye el interés público prevalente, frente al interés particular del recurrente de continuar en el puesto de trabajo.

Cita, finalmente, en abono de su tesis la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2013 (casación 370/2012) que contempla una situación similar a la que nos ocupa, que deniega el recurso de casación interpuesto contra la denegación de la medida cautelar por entender prevalente el interés público frente al privado y que reproduce en los fragmentos de su interés.

TERCERO.- Planteado el debate en los términos que resultan de los precedentes fundamentos la cuestión controvertida en el actual recurso de casación guarda identidad con la resuelta por esta Sala en las sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2014 (casación 123/2014 y 31/2014); 25 de marzo de 2015 (casación 1586/2014) y de 18 de diciembre de 2015 (casación 3233/2014).

En consecuencia, razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes al principio de seguridad jurídica y al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), imponen reiterar, como se hará a continuación, los razonamientos y la decisión de nuestras sentencias citadas.

Lo que allí se razonó y aquí se reitera fue, en esencia, lo que continúa:

«Que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional la justicia tutelar forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en cada caso, ha de ser adecuada a la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se adopte.

Que este Tribunal Supremo ha mantenido la necesidad de atenerse a la singularidad del caso debatido, lo que implica un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y criterios rígidos o uniformes.

Que es cierto que la pérdida de finalidad legítima del recurso aparece en el artículo 130.1 LJCA como el criterio decisivo para pronunciarse sobre la procedencia o no de las medidas cautelares.

Que el "fumus boni iuris" no alcanzó el rango de norma en la actual LJCA, a diferencia de lo que se recogía en el proyecto sobre ese texto legal, pero ha sido plasmado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pues su artículo 729 , que forma parte del título dedicado a las medidas cautelares, regula expresamente la "aparición de buen derecho" como elemento de fundamentación de las medidas cautelares solicitadas.

Que la jurisprudencia, además de aconsejar medida en la aplicación de la "aparición de buen derecho", ha señalado, como principales casos en los que procede su aplicación, aquellos en los que el acto administrativo impugnado haya sido dictado en cumplimiento o ejecución de una norma previamente declarada nula y, también, aquellos en los que el acto impugnado es idéntico a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

Y que el hecho de la suspensión de la norma reglamentaria en que se apoyó el acto administrativo impugnado está muy vinculado a esos casos de nulidad en los que se ha apreciado "fumus" determinante de la procedencia de la medida cautelar (a lo que ahora habría de añadirse que con mayor razón resulta esa procedencia en la actual situación de anulación jurisdiccional de la repetida Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad).



Estos razonamientos que acaban de recordarse fueron los que llevaron a esta Sala a declarar (en esas anteriores y recientes sentencia de 9 y 23 de diciembre de 2014) que el caso enjuiciado era diferente al que fue decidido por la también sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2013 (casación 370/2012) que ha sido invocada por el actual recurso de casación; y a considerar que esas resoluciones jurisdiccionales ya existentes sobre la Orden 2/2013 permitían apreciar, en el solicitante de la suspensión cautelar, esa posibilidad de pérdida de la finalidad legítima del recurso que legalmente debe decidir la adopción de la medida cautelar.

A lo que antecede debe añadirse que la situación no cambia en el actual caso litigioso por el hecho de que el acto administrativo recurrido no traiga su causa la Disposición Transitoria Primera de la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, pues la sentencia de la Sala de Valencia de 21 de julio de 2014 declaró la nulidad en su totalidad de la Orden 2/2013, esto es, no circunscribió su pronunciamiento anulatorio a la Disposición Transitoria primera de dicha Orden. Así resulta de los términos de su fallo y de lo que razona en su fundamento jurídico sobre que es la falta del informe del Consell Juridic Consultiu lo que determina la nulidad.

Finalmente, es conveniente esta última precisión: el fin útil que corresponde al recurso de casación impone su desestimación cuando las infracciones sustantivas en él denunciadas no conducirían a la alteración de la parte dispositiva de las resoluciones judiciales combatidas; y esto, trasladado a la actual casación, significa que, aunque sean de compartir algunos de los planteamientos del recurso, la ponderación de las singulares circunstancias concurrentes en la petición cautelar hacen procedente confirmar la decisión de los autos recurridos de acceder a la suspensión cautelar pedida».

En consecuencia, de conformidad con el razonamiento transcrito, procede al igual que en los recursos previamente resueltos por la Sala, declarar no haber lugar al presente recurso de casación.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LRJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, si bien haciendo uso de la posibilidad de limitar la cuantía máxima de la condena a las mismas al recurrente, y siguiendo el criterio usual utilizado por esta Sala para este tipo de asuntos se fija en 3.000 euros la cantidad máxima a reclamar, por todos los conceptos.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación número 3097/2014 interpuesto por la **GENERALITAT VALENCIANA** , representada y defendida por la Abogada de sus Servicios Jurídicos, contra el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2014 , que estimó el recurso de reposición deducido contra el auto de 5 de junio de 2014 , que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000192/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 28 de febrero de 2014 del Gerente del Departamento de Salud de Castellón, con expresa condena a la recurrente en el abono de las costas procesales, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-