



Roj: **STS 2070/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2070**

Id Cendoj: **28079130072016100175**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **10/05/2016**

Nº de Recurso: **3939/2014**

Nº de Resolución: **1041/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 3939/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima

Sentencia núm. 1041/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

En Madrid, a 10 de mayo de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 3939/2014, interpuesto por la Generalidad Valenciana, representada y defendida por el abogado 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 6 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso de reposición deducido contra el auto de 21 de octubre de 2014, que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/318/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 7 de junio de 2014 del Departamento de Salud de La Plana que denegando la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo formulada por don Faustino , declaró su jubilación forzosa por edad.

Siendo parte recurrida don Faustino , representado por la procuradora de los Tribunales doña María Pilar Azorín-Albiñana López y defendido por el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia don Salvador Manzano Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Faustino , personal estatutario fijo, en la categoría de médico de familia E.A.P. y prestación de servicios como Coordinador Equipo Atención Primaria en el centro de salud de Betxí, Departamento de Salud de La Plana, interpuso recurso contencioso- administrativo contra la resolución de 7 de junio de 2014 del



Departamento de Salud de La Plana de la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana que denegando la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo formulada por aquél, declaró su jubilación forzosa por edad.

En el escrito de interposición solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la LJCA. Invocaba a tal efecto perjuicios irreparables derivados de su ejecución de tipo profesional, asistencial y económico y en aras a determinar la existencia del principio del *fumus boni iuris* alegaba la declaración de nulidad por la sentencia número 528/2014, de 21 de julio, de la misma Sala de instancia de la Orden 2/2013 de la Consejería de Sanidad, origen de la resolución impugnada en el actual recurso.

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 al abogado de la Generalidad Valenciana, por auto de 21 de octubre de 2014 la sala de Valencia acordó la suspensión de la resolución impugnada en base a los siguientes razonamientos:

«[...] PRIMERO.- Son dos los parámetros básicos que deben informar el análisis de la suspensión cautelar de la ejecución de un acto administrativo (Autos del Tribunal Supremo de 2/noviembre/2000 y 25/junio/2001, por todos), y que el Tribunal valorará de forma circunstanciada: A) de un lado, los perjuicios que esa ejecución puede causar al recurrente y, en concreto, la posibilidad de que la misma pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; y B) de otro, el interés público que demanda esa ejecución, de manera que la medida cautelar pudiera ocasionar perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

El recurrente solicita que se suspenda la ejecución de la resolución administrativa que decreta su jubilación, tras denegarle la prórroga de la permanencia en servicio activo. Los argumentos que se esgrimen en apoyo de la medida cautelar son básicamente los siguientes: 1º.- Su apariencia de buen derecho, dada la anulación por este Tribunal del PORH y la Orden que lo desarrolla. 2º.- La irreparabilidad de los perjuicios económicos y profesionales ocasionados al actor, al apartársele del desempeño de su profesión, pese a contar con aptitud para ello, según deriva de los informes de riesgos laborales.

Efectivamente, esta Sala en los recursos núms. 233 y 234/2013, ha pronunciado sendas Sentencias por las que se anuló la Orden que regulaba 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 Conselleria de Sanidad y parcialmente el PORH. Habida cuenta que el acto administrativo recurrido se apoya en dicha normativa anulada, se da el *fumus boni iuris* necesario en la tesis del recurrente como para amparar la medida cautelar solicitada. [...]».

Notificado el auto precedente, el abogado de la Generalidad Valenciana dedujo frente a él recurso de reposición, que resultó desestimado por otro auto de la sala de Valencia de 6 de noviembre de 2014 que añadió las siguientes consideraciones:

«[...] Único: Dados los razonamientos contenidos en el Auto recurrido, cuyo fundamento se haya en el criterio de la Sala expresado en las citadas sentencias, procede desestimar el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, ya que el mismo lo que hace es reproducir con amplitud los motivos y razones de fondo respecto a la resolución definitiva o de fondo del asunto que es impropio de esta pieza de medidas cautelares».

SEGUNDO.- Notificado el citado auto, el abogado de la Generalidad Valenciana anunció recurso de casación, que la sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 25 de noviembre de 2014, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta superioridad.

TERCERO.- El abogado de la Generalidad Valenciana presentó el 3 de diciembre de 2014 escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en un único motivo 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 LJCA), 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), en el que terminó suplicando a la sala que dictara sentencia revocando el auto impugnado y denegando la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- Comparecido el recurrido, por providencia de 20 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, la procuradora doña María Pilar Azorín- Albiñana López, en representación de don Faustino presentó el 26 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



íntegramente el recurso de casación y declarando el auto recurrido conforme a derecho, con expresa condena en costas a la recurrente.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 13 de enero de 2016 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 4 de mayo de 2016, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

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 6 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso de reposición deducido por el abogado de la Generalidad Valenciana contra el auto de 21 de octubre de ese mismo año que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/318/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 7 de junio de 2014 del Departamento de Salud de La Plana, 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 Consejería 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 Consejería 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 Consejería 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, como expusimos en el apartado de antecedentes, se articula en un único motivo de casación, formulado al amparo del supuesto del apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA, 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 (rec. 370/2012).

Aduce que el auto recurrido incurre en un evidente error al fundamentar la suspensión ya que la resolución impugnada cuya ejecución ha quedado suspendida no se dicta en aplicación de la disposición transitoria primera de la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consejería de Sanidad, sino que nos encontramos ante la concesión de una nueva prolongación una vez vencida la que tenía concedida, en base a lo dispuesto en el artículo 7 de la misma Orden, por lo que no se ve afectada por la suspensión de la disposición transitoria.

Cita a continuación los artículos 129.1 y 130 de la LJCA 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 afectado 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 en abono de su tesis la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2013 (rec. 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.

Añade finalmente para el caso de que la parte contraria alegue como motivo de oposición al presente recurso la anulación por sentencias 527/2014 y 528/2014 recaídas respectivamente en los recursos 234/2013 y 233/2013, del Anexo II del Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad y de la Orden 2/2013, que las citadas sentencias no son firmes al encontrarse recurridas en casación y que anulan única y exclusivamente por motivos formales la Orden 2/2013 y determinados aspectos 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 parte.

TERCERO.- Planteado el debate en los términos que resultan de los precedentes fundamentos la cuestión controvertida en el actual recurso de casación guarda sustancial identidad con la resuelta por esta sala y Sección, por todas, en las sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2014 (rec. 123/2014 y 31/2014) ECLI:ES:TS:2014:5130 y ECLI:ES:TS:2014:5776; 25 de marzo de 2015 (rec. 1586/2014) ECLI:ES:TS:2015:2035; 18 de diciembre de 2015 (rec. 3233/2014) ECLI:ES: TS:2015:5490 y 19 y 21 de enero de 2016 (rec. 3097/2014 y 3368/2014) ECLI:ES:TS:2016:39 y ECLI:ES:TS:2016:59.

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 de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), imponen atenernos a los razonamientos y la decisión de las 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 mesura 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 permitan 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 LJCA 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 a la 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 por la parte recurrida.

En atención a lo expuesto,

FALLO

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

Declarar no haber lugar al recurso de casación número 3939/2014 interpuesto por la Generalidad Valenciana, representada y defendida por el abogado 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 6 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso de reposición deducido contra el auto de 21 de octubre de 2014, que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/318/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 7 de junio de 2014 del Departamento de Salud de La Plana, con expresa condena a la recurrente en el abono de las costas procesales, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.

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.-