



Roj: **STS 3474/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3474**

Id Cendoj: **28079130072016100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **491/2015**

Nº de Resolución: **1707/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 6069/2014,**
STS 3474/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 491/2015 interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Castilla-León contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, en el recurso núm. 1275/13 . Ha sido parte recurrida la representación procesal de D^a Nuria .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid dicto sentencia cuya parte dispositiva dice: Que debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra el acuerdo resolución de fecha 1 de marzo de 2013 dictada por el Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de León, expresado en el encabezamiento de la presente resolución, anulando dicho acuerdo por no ser ajustado a derecho y reconociendo a la actora en los términos precedentemente recogidos en el duodécimo Fundamento de Derecho el derecho al restablecimiento de su situación jurídica individualizada consistente en el derecho al reingreso en el puesto que ocupa con anterioridad; el derecho al abono de las retribuciones dejadas de percibir sin perjuicio de su compensación con las prestaciones percibidas del sistema de Seguridad Social más el interés legal de dichas retribuciones desde el momento en que debieron ser percibidas y el ingreso de las cotizaciones sociales a satisfacer por la Administración en la misma forma que si hubiera estado en servicio activo. Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la recurrente se formuló escrito de preparación del recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, formulando escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que considera oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia con integra estimación del presente Recurso de Casación, anule la sentencia num. 2724/2014, de 30 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictada en el Procedimiento ordinario 1275/2013, y resolviendo el debate planteado, declare conforme a derecho la finalización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo y jubilación de doña Nuria .



CUARTO.- La Sala por auto de 15 de octubre de 2015 acuerda: 1º) Declarar la inadmisión del motivo quinto del recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia de 30 de diciembre de 2014, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso nº 1275/2013 . 2º) Declarar la admisión a trámite del resto de los motivos de casación y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la **Sección Séptima** de esta Sala, conforme a las normas de reparto de asuntos.

La parte recurrida formaliza escrito de oposición interesando a la Sala dicte en su día sentencia que acuerde desestimar dicho recurso, confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con interposición de las costas causadas.

QUINTO .- Por providencia se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día **SEIS DE JULIO DE DOS MIL DIECISÉIS** en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone la Comunidad Autónoma de Castilla y León recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Valladolid de 30 de diciembre de 2014 dictada en recurso 1275/13 interpuesto contra resolución de 1 de marzo de 2013 del Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de León por la que se comunica el cese de la prolongación de permanencia en el servicio activo de la recurrente en vía contenciosa con efectos de 31 de marzo de 2013 y se comunica que se acordará su jubilación con efectos de 1 de abril, lo que tuvo lugar mediante resolución de 12 de marzo siguiente.

Es importante tener en cuenta que el acto recurrido en vía contenciosa es la resolución de 1 de marzo de 2013 por la que se deniega la prolongación en el servicio activo a la recurrente en vía contenciosa. Se dice en la resolución "Como concurrencia de dicha valoración (se refiere a la valoración de las prolongaciones del servicio activo autorizadas a la entrada en vigor del PORH) su situación de permanencia en el servicio activo finalizará el día 31 de marzo de 2013". A continuación se anuncia que se procederá a acordar la jubilación con efectos de 1 de abril, más la jubilación, como bien establece la sentencia recurrida, es un acto posterior que se acuerda mediante resolución de 12 de marzo, que figura como último documento del expediente administrativo y no ha sido objeto de recurso, por tanto cuantas alegaciones se refieran a este segundo acto no pueden ser tenidas en consideración.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, admitidos los cuatro primeros motivos de casación, todos ellos al amparo del artículo 88.1 d de la LJCA , hemos de señalar que la cuestión que aquí se debate es sustancialmente igual a la resuelta en sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2016, nº 372/2015 por lo que ahora, al igual que entonces debemos comenzar por el análisis del motivo segundo articulado en el que la recurrente en casación combate la declaración de nulidad que se efectúa, en el último inciso del fundamento séptimo de la sentencia recurrida, de la resolución recurrida.

En primer lugar debemos advertir, que la sentencia recurrida en sus fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo analiza la competencia del órgano que dictó la resolución partiendo de un presupuesto erróneo, quizás porque utiliza un modelo de sentencia sin atender a las peculiaridades del caso concreto. En efecto analiza la competencia partiendo del hecho de que lo que se recurre es el acto por el que se declara la jubilación del recurrente en vía contencioso sin advertir que la resolución en que se adopta tal acuerdo es la de fecha 12 de marzo de 2013 que obra en el último folio del expediente administrativo, en tanto que el acto recurrido es la resolución de 1 de marzo, acto aquel que, como también recoge la sentencia, (fundamento séptimo) es un acuerdo sustantivamente diferente y posterior a la denegación de prórroga en el servicio activo, resolución para la que el apartado 5.5 de la orden SAN/1119/2012 atribuye la competencia al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud.

Lo anterior sería bastante para estimar el motivo de casación a que nos referimos, sin perjuicio de, además señalar, que, aunque el acto recurrido fuera el acuerdo de jubilación resulta irrelevante para resolver el motivo *cuál* es el órgano competente para declarar la jubilación por razón de edad de las personas que prestan sus servicios en los centros y establecimientos integrados en la Gerencia Regional de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la prolongación de la permanencia en el servicio activo, o la finalización de las prolongaciones de la permanencia en el servicio activo autorizadas con anterioridad a la Orden SAN/1119/2012, de 17 de diciembre , lo relevante es pronunciarse sobre si la nulidad de pleno derecho de un acto ha de incardinarse en alguno de los supuestos taxativamente enumerados en el art. 62 de la LRJAPAC, dado el carácter restrictivo de los supuestos de nulidad en la legislación vigente, lo que la Sala de instancia no ha hecho.



Como bien dice la letrada de la Administración recurrente la Sentencia impugnada no ubica en apartado alguno del art. 62 la incompetencia declarada del Gerente Regional de Salud en favor del Consejero de Sanidad.

Y, también tiene razón, cuando argumenta que la incompetencia que se declara no es manifiesta por razón de la materia o del territorio, lo que sería situado en el apartado 1. B), único supuesto en que la LRJAPAC, art. 62, establece que la incompetencia es determinante de nulidad sino por razones jerárquicas o funcionales, lo que no constituiría nulidad de pleno derecho.

No debe olvidarse que el cambio entre la derogada LPA 1958, art. 47.1.a, y la LRJAPC, 1992, art. 62, en lo que atañe a la nulidad de los actos, ha sido limitada a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o del territorio, LRJAPAC, frente al órgano manifiestamente incompetente a que se refería la legislación anterior.

Lo anterior ha de engarzarse con que esta Sala, bajo la legislación anterior, era contundente cuando afirmaba que "es incompatible, como ha establecido la jurisprudencia, la exigencia de que sea manifiesta la incompetencia, con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico, como corresponde a la semántica del adverbio empleado en el precepto" (Sentencia de 25 de enero de 1980). O, en términos de la Sentencia de 23 de noviembre de 2001, recurso de casación 4262/1996 , "ha de ser manifiesta para producir la nulidad absoluta o de pleno derecho". Por ello, tiene razón la Administración al argüir la falta del carácter "manifiesto" dada la extensión de los fundamentos dedicados a determinar cuál es el órgano competente para acordar la jubilación.

Ya bajo la vigencia de la LRJAPAC, la Sentencia de 20 de setiembre de 2012, recurso de casación 4605/2010 , tras insistir en que la incompetencia ha de ser "manifiesta" afirma que "un supuesto vicio de incompetencia jerárquica como el que aquí se aduce nunca podría ocasionar una nulidad radical de la actuación administrativa". Y reitera en su FJ Segundo que "la jurisprudencia mayoritaria distinguen entre la incompetencia material y la territorial, de una parte, y la jerárquica, de otra, entendiendo, que sólo los dos primeros tipos de incompetencia pueden generar la nulidad radical".

En consecuencia, tiene razón la Administración recurrente cuando sostiene no ha habido una incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio, ya que tanto el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud como el Consejero de Sanidad, comparten materia y territorio. Cuestión distinta es la exacta distribución de competencias, incluyendo eventuales delegaciones de competencias por el órgano superior jerárquico.

La eventual falta de competencia no tiene alcance invalidante.

Y tampoco puede reputarse la eventual incompetencia jerárquica o funcional como manifiesta, tal cual exige el art. 62.1.b) LRJAPAC, por lo cual prospera el motivo.

TERCERO - A la vista de lo argumentado resulta innecesario el examen de los motivos restantes.

Debemos resolver, conforme al art. 95. 2 d) LJCA , las cuestiones suscitadas en instancia en que el demandante interesa la nulidad de la Resolución que ponía fin a la prolongación de la permanencia en el servicio activo que tenía autorizada.

Por ello es oportuno reproducir, en lo esencial, lo dicho en la reciente Sentencia de 16 de febrero de 2016, recurso de casación 286/2015 respecto un acto análogo de la Junta de Castilla y León mas examinado por el TSJ con sede en Burgos en que se reiteró lo ya manifestado en la Sentencia de 22 de julio de 2014, recurso de casación 1170/2013 , FJ Cuarto.

La cuestión está resuelta por la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que se contiene en las Sentencias de 8 de enero de 2013 , recurso de casación 207/2012, de 15 de febrero de 2015 , rec. casación 2119/2012, de 9 de marzo de 2012 , rec. casación 1247/2011, de 14 de mayo de 2015, rec. casación 2702/2013, de 21 de julio de 2015, rec. casación 2062/2014, de 9 de febrero de 2016, rec. casación 3934/2014.

Dicha doctrina, para desestimar la pretensión ejercitada, la sintetizamos 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, «en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos ». 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 (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes



el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 , que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de *derecho debilitado* , derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

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.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece, como ya se ha dicho, una mera facultad del personal estatutario para solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo 70 años, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrente, el Servicio de Salud correspondiente, *"en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos"* .

El legislador establece la posibilidad de que el interesado solicite su permanencia en el servicio activo con el límite máximo de 70 años pero no impone a la Administración la correlativa obligación de autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado alcance los 70 años, sino de autorizar esa permanencia en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación. Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo. Ello implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por períodos inferiores a ese máximo en función de la apreciación de las necesidades del servicio.

CUARTO.- Debe añadirse, como ya se ha venido diciendo desde la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (rec. casación 426/2012 -FJ 5-), que el Tribunal Constitucional mediante Auto 85/2013, de 23 de abril , inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6611/2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo , de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre , por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Destaca el Tribunal Constitucional que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes (FJ 6).

Se acepta el argumento de la Administración autonómica respecto de que, con arreglo al PORH aprobado por Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre , se explicitaron las razones por las que no era pertinente la prolongación de la permanencia en el servicio activo.

La antedicha Orden encuentra su cobertura en el Decreto Ley 2/2012, de 25 octubre, y la Sentencia de 21 de octubre de 2014 dictada por la Sala del TSJ Castilla y León, con sede en Valladolid, que desestimó la impugnación de la Orden SAN/1119/2012 ha sido confirmada por esta Sala al desestimarse el recurso de casación 3908/2014 en Sentencia de 16 de marzo de 2016 .

Y como se recordó en la reciente Sentencia de 16 de febrero de 2016 esta Sala y Sección en su Sentencia de 2 de julio de 2014, recurso de casación 2697/2013 , FJ Sexto, *" en principio no puede negarse que la situación del funcionario a quien se le hubiera concedido antes del plan impugnado la prórroga en el servicio activo constituya un auténtico derecho adquirido, protegido por la veda de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE "*.

Mas aquí como ya se dijo en Sentencia de 21 de julio de 2015 , rec. casación 2062/2014, FJ 8º, la modificación no opera como efecto de un instrumento de ordenación de recursos, un Plan, sino como consecuencia de una disposición legal autonómica, el Decreto Ley 2/2012, Disposición Transitoria Primera , pareja a la examinada en el ATC 85/2013, de 23 de abril .

Estamos no sólo ante una modificación "ope legis" sino también ante una motivación de la misma naturaleza, por lo que no se producen las lesiones de los preceptos invocados por la recurrente en vía contenciosa ni tampoco del principio de buena fe y confianza legítima.

La confirmación de la Sentencia de 21 de octubre de 2014, recurso contencioso-administrativo 275/2013 del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, al desestimarse el rec. de casación nº 3908/2014 por Sentencia de 16 de marzo de 2016 , hace innecesario el examen de la impugnación indirecta de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre sin perjuicio de que esta Sala asuma las razones de la Sala de instancia y de la sentencia de 21 de octubre de 2014 a la que se remite en su fundamento segundo.



QUINTO.- En lo que atañe a la alegación efectuada por el recurrente de infracción del artículo 89.3 de la Ley 30/92 por falta de indicación de los recursos que caben contra la misma, administrativos o judiciales, si bien es cierto lo que alega la recurrente en vía contenciosa no lo es menos que el artículo 58.3 de la Ley 30/92 establece que cuando concurra dicha circunstancia, omisión de los citados recursos, la notificación surtirá efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o interponga cualquier recurso que proceda. Hecho así por la recurrente mediante la interposición del recurso contencioso la notificación ha producido plenos efectos sin que pueda alegarse indefensión que es requisito necesario para que pueda hablarse de vicio invalidante.

En el apartado D del fundamento VIII de la demanda la recurrente mezcla cuestiones relativas al acuerdo de jubilación, que no impugna y por tanto omitiremos cualquier referencia a las cuestiones planteadas respecto de aquel, con otras referidas al acuerdo de denegación de prolongación del servicio activo, al que se refiere la resolución de 1 de marzo de 2013 recurrida. Si como dice la recurrente no existe resolución administrativa como tal el recurso incurriría en causa de inadmisión. Sólo partiendo del presupuesto contrario y que es lo que esta Sala entiende, dar valor de resolución o la comunicación de 1 de marzo, cabe entender que estamos ante un acto administrativo recurrible, lo que sin duda también entiende la recurrente desde el momento que interpone el recurso que nos ocupa. Basta esto para desestimar la demanda en este punto. Consta también en el expediente el informe de la Comisión Central, folio 9, por otra parte tales informes no esta prevista normativamente su notificación independiente de la resolución final y en ningún caso su omisión ha generado indefensión.

Tampoco ha generado indefensión la no comunicación de los integrantes de la Comisión Central. Como dice la demandada la composición de la comisión se encuentra regulada en la orden SAN/1119/2012 y sus miembros vienen designados en función de un puesto de trabajo, por tanto no cabe alegar desconocimiento, ni, por otra parte, la recurrente invoca causa de recusación alguna.

Tampoco cabe hablar de aplicación retroactiva del Plan de Recursos Humanos cuando estamos ante un cambio normativo y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala la modificación del régimen jurídico de las relaciones entre funcionarios y personal estatutario con la Administración tiene efectos sobre las relaciones jurídicas que haya tenido su origen al amparo de la normativa anterior.

En cuanto a la alegación de infracción del artículo 14 de la Constitución recordamos que sólo opera tal precepto dentro de la legalidad y por otra parte la recurrente no aporta término alguno de comparación.

Lo anterior, junto con lo dicho en los fundamentos anteriores justificaría la desestimación del recurso contencioso que nos ocupa.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede la condena en costas del recurso de casación y en cuanto a los de la instancia procede su limitación a 100 euros.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Castilla y León contra sentencia de 30 de diciembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Castilla y León con sede en Valladolid en recurso 1275/2013 que anulamos y debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso interpuesto por la representación procesal de D^a Nuria contra acuerdo de 1 de marzo de 2013 de la Gerencia del Complejo Asistencial Universitario de León -Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León) notificada el 12 de marzo por el que se acuerda dejar sin efecto la prolongación de permanencia en el servicio activo de la recurrente sin hacer expresa condena en las costas del recurso de casación e imponiendo las de instancia a la recurrente en vía contenciosa con el límite de 100 euros.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Míguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.