



Roj: **STSJ CL 3485/2016 - ECLI: ES:TSJCL:2016:3485**

Id Cendoj: **47186330012016100477**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2016**

Nº de Recurso: **526/2016**

Nº de Resolución: **1337/2016**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **FELIPE FRESNEDA PLAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 3485/2016,**  
**ATS 5083/2017,**  
**STS 201/2018**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN**

**Sala de lo Contencioso-administrativo de**

**VALLADOLID**

**Sección Primera**

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/ADVALLADOLID**

**SENTENCIA: 01337/2016**

Equipo/usuario: JVA

Modelo: N11610

N.I.G: 47186 33 3 2016 0005030

**Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0000526 /2016**

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D. Alexis

ABOGADO D. JOSE LUIS CELEMIN SANTOS

PROCURADORA D.ª MARIA LUZ LOSTE VERONA

Contra MINISTERIO FISCAL, GERENCIA REGIONAL DE SALUD -CONSEJERIA DE SANIDAD-

LETRADO COMUNIDAD

**SENTENCIA N.º 1337**

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE:**

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

**MAGISTRADOS:**

DOÑA MARÍA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ



En Valladolid, a cuatro de octubre de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid el recurso contencioso-administrativo n.º 526/2016, interpuesto por la Procuradora Sra. Loste Verona, en representación de D. Alexis , siendo parte demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por Letrado de sus servicios jurídicos, y el Ministerio Fiscal, impugnándose las siguientes resoluciones:

-La Resolución de fecha 10 de mayo de 2016 del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud (SACYL), por la que se deniega al actor la prolongación de la permanencia en el servicio activo.

-La resolución de fecha 24 de mayo de 2016 adoptada por el Sr. Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, por delegación del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, en virtud del cual se acuerda la jubilación forzosa de nuestro mandante, por cumplimiento de la edad reglamentaria, con fecha de efectos de 30 de mayo de 2016, en la plaza que venía ocupando como Licenciado Especialista en Urología en el referido Centro Hospitalario.

- La formalización de cese en el puesto de trabajo adoptado por el Sr. Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, por delegación del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, en virtud del cual se acuerda dicho cese del recurrente, por jubilación forzosa por cumplimiento de la edad reglamentaria, con fecha de efectos de 30 de mayo de 2016, en la plaza que venía ocupando como Licenciado Especialista en Urología en el referido Centro Hospitalario.

Se ha seguido el procedimiento jurisdiccional de protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, previsto en los artículos 113 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución expresada en el encabezamiento.

**SEGUNDO** . Reclamado el expediente administrativo, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, y una vez que fue remitido este, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución, e interesando en el suplico de la demanda, tras la identificación de los acuerdos recurridos, previamente expresados, lo siguiente:

"Y todo ello al entender que las expresadas Resoluciones y actos administrativos vulneran el derecho fundamental del ahora recurrente, del artículo 28/1º de la Constitución Española , de libertad sindical, en relación con los artículos 2/1º, letra d), 9, 12 y 13/1º de la Ley Orgánica 11/1985, de 02 de agosto de Libertad Sindical , al entender que las mismas vulneran el derecho fundamental del ahora recurrente, del artículo 28/1º de la Constitución Española , de libertad sindical, en relación con los artículos 2/1º, letra d), 9, 12 y 13/1º de la Ley Orgánica 11/1985, de 02 de agosto de Libertad Sindical .

Y, seguido que sea el procedimiento por sus especiales trámites, incluido el recibimiento del pleito a prueba, dicte Sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda proceda a anular las Resoluciones objeto de la misma, declarando que las impugnadas vulneran el derecho fundamental que se alega infringido, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y declarando el derecho del recurrente a concedérsele la prolongación de la permanencia en el servicio activo en la plaza que viene desempeñando de Licenciado Especialista en Urología, dependiente del SACYL, con destino en el indicado Servicio Médico del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, con condena en costas a la demandada, y todo lo demás que en Derecho proceda".

**TERCERO** . La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido.

**CUARTO** . Las partes solicitaron el recibimiento del juicio a prueba, habiéndose acordado de conformidad con lo solicitado, y practicado la que consta en las actuaciones.

**QUINTO** . Se formuló por las partes el escrito de conclusiones previsto en el artículo 62 de la LJCA .

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FELIPE FRESNEDA PLAZA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO** . Se plantea en el presente recurso jurisdiccional, la impugnación de las siguientes resoluciones:

- La Resolución de fecha 10 de mayo de 2016 del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud (SACYL), por la que se deniega al actor la prolongación de la permanencia en el servicio activo.
- La resolución de fecha 24 de mayo de 2016 adoptada por el Sr. Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, por delegación del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, en virtud del cual se acuerda la jubilación forzosa de nuestro mandante, por cumplimiento de la edad reglamentaria, con fecha de efectos de 30 de mayo de 2016, en la plaza que venía ocupando como Licenciado Especialista en Urología en el referido Centro Hospitalario.
- La formalización de cese en el puesto de trabajo adoptado por el Sr. Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, por delegación del Sr. Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, en virtud del cual se acuerda dicho cese del recurrente, por jubilación forzosa por cumplimiento de la edad reglamentaria, con fecha de efectos de 30 de mayo de 2016, en la plaza que venía ocupando como Licenciado Especialista en Urología en el referido Centro Hospitalario.

Las consideraciones fundamentales de la demanda se dirigen a razonar que existe una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical establecido en el artículo 28.1 de la Constitución Española que es objeto de desarrollo, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto. Considera que el referido derecho conlleva a la indemnidad sindical, en la forma que ha sido consagrada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional como son la 55/2004 y la 87/2004 , por lo que los acuerdos recurridos deben ser declarados radicalmente nulos.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se opone en la contestación a la demanda reputando que se ha hecho aplicación estricta de la normativa vigente, concretamente de lo establecido en la Orden SAN/1119/2012 por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que con carácter general establece la jubilación al cumplir la edad de 65 años, con las excepciones previstas en el artículo 4.1 de la misma, entre la que no se contempla la realización de actividades sindicales. Considera que la libertad sindical no conlleva a entender que exista una intangibilidad del puesto de trabajo.

El Ministerio Fiscal, de forma definitiva en su escrito de conclusiones, considera que el derecho de libertad sindical se ha visto vulnerado con la jubilación acordada, dada la relevancia de las funciones sindicales que son realizadas por el recurrente. Entiende que el derecho a la prolongación de la edad de jubilación solicitada incluso puede tener cabida en el expresado artículo 4.1 de la Orden, interpretando que las técnicas sanitarias a que se refiere el precepto tienen incidencia en las necesidades de organización que, asimismo, contempla la norma.

**SEGUNDO** . Para la resolución de la cuestión planteada hemos de partir de lo que se consignaba en nuestra sentencia de 12 de noviembre de 2015, recaída en el recurso 270/2015 . En dicha sentencia, que tiene el carácter de firme, se llegaba a la conclusión de que la denegación por la Administración de la edad de jubilación a un funcionario que ejercía relevantes cargos sindicales, constituía una vulneración del derecho a la libertad sindical que se reputaba infringido. Aun con las peculiaridades del caso contemplado en aquel recurso, en el mismo se llegó a contar con una autorización inicial de la edad de jubilación, en base a informes favorables de la propia Administración en que se integraba, como es " *el informe de fecha 23 de octubre de 2013 emitido por la Dirección General de Recursos Humanos, ante la consulta formulada por la Comisión Central, en el que se considera que siempre que el interesado en la prolongación en la permanencia en el servicio activo ostente cargos al más alto nivel de representación institucional, sindical o profesional, tanto a nivel provincial, autonómico o nacional será conveniente que se le prolongara la permanencia en el servicio activo hasta la finalización del mandato para el cual ha sido elegido en el sindicato y organización colegial* ". Mas aún con dichas peculiaridades es obvio que la propia Administración llegó a entender que en los casos en que se da la hipótesis como la contemplada en el presente supuesto de la existencia de cargos sindicales o profesionales por el funcionario es necesario acordar la prolongación de la edad de jubilación.

En la resolución inicial de la Administración concediendo la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo se razonaba sobre la procedencia de conceder dicha prolongación:... *atendiendo a lo expresado en el artículo 9 de la Constitución Española que dispone que: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" previsión en base a la cual no puede olvidar que la condición de liberado sindical y su correspondiente correlato de la garantía de indemnidad de dicho doctor nace de un derecho fundamental cual es el contenido en el artículo 28 de la Constitución , que podría haberse visto vulnerado por la denegación de la expresada autorización de prolongación.*



Es decir que la propia Administración consideró en el supuesto contemplado que era procedente la concesión de la autorización de la prolongación en el servicio activo por las relevantes funciones sindicales ejercitadas por el funcionario recurrente.

**TERCERO** . Se han de reproducir también los argumentos que se daban en la sentencia de la Sala a que nos estamos refiriendo sobre el contenido del derecho a la indemnidad sindical, en la forma que se ha perfilado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En dicha sentencia se dice así:

*"Por último no estará tampoco de más recoger lo que respecto a esa garantía de indemnidad ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en multitud de sentencias, la cual ya ha sido reseñada en la nuestra anterior de fecha 7 de octubre de 2008 dictada en el Rollo de Apelación nº 317/08. Y así la Sentencia nº 87/1998, con cita de la anterior 74/1998, declara que: "dicho Órgano desde la Sentencia 38/1981, "... ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo, del ejercicio de esa libertad...". Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996 : "...la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical ( STC. 197/1990 ), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos". En consecuencia, así concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1998 citando de nuevo la Sentencia 74/1998, "dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución Española se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa".*

*Se trata, en definitiva, de una "garantía de indemnidad", (en estos términos se expresan las reiteradamente citadas Sentencias 74/1998 y 87/1998), que veda "cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores". Y el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda "perjudicado" por el "desempeño legítimo de la actividad sindical", ( STC. 17/1996 ).*

*En el mismo sentido ha de ponerse de relieve que distintos pronunciamientos de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia, recogiendo una doctrina anterior del antiguo Tribunal Central de Trabajo, pusieron de manifiesto que existe en nuestro Derecho una suerte de principio de protección retributiva del representante sindical, principio que cabe denominar de "indemnidad retributiva", y que puede concretarse en que aquél ha de percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo, pues de otra forma el cargo representativo supondría un perjuicio, siendo evidente que el ejercicio de un derecho fundamental no puede suponer perjuicio o sanción alguno para su titular.*

*Tal principio, que es el que contempla expresamente el apartado e) del artículo 11 de la Ley 9/1987, ha merecido la atención de nuestro Tribunal Constitucional cuando señala, en la ya citada Sentencia 87/1998, que "cabe constatar que un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo, objetivamente constatable, para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos ( artículo 7 de la Constitución Española ), que son los representantes institucionales de aquéllos, como este Tribunal viene diciendo desde las Sentencias 70/1982 y 37/1983".*

**CUARTO** . Fijadas las precedentes premisas se ha de entender que, efectivamente, el derecho a la indemnidad sindical, demanda una especial protección, que no puede entenderse que en el presente caso, analizadas las actuaciones, haya obtenido satisfacción. Así, aunque ciertamente la norma general aplicable no prevé excepción alguna respecto a la edad general de jubilación prevista respecto a los funcionarios que ejercieran acciones sindicales, ello no supone que esta norma no deba integrarse con el resto de disposiciones y principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico, lo que puede llevarnos a la interpretación de que cuando menos los funcionarios que se encuentren en tal supuesto de ejercicio de funciones sindicales, la relevancia de las mismas ha de ser tenida en consideración por la Administración a la hora de autorizar o denegar la prolongación solicitada. El expresado precepto es del siguiente tenor literal:



" 4.1. Prolongación de la permanencia en el servicio activo.

*La prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir, como máximo, los setenta años de edad, prevista en el artículo 26.2 párrafo segundo del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y en el Art. 52.2 del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, podrá autorizarse excepcionalmente previa solicitud del interesado, siempre que resulte acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, cuando así lo requieran las necesidades asistenciales y de organización, motivadas por los siguientes supuestos:*

a) *Carencia de personal sustituto.*

b) *Relevancia de las técnicas sanitarias que realiza el solicitante o relevancia de los proyectos de investigación que se encuentren en fase de desarrollo y que estén liderados por el solicitante".*

Ciertamente en el concepto de necesidades de organización, podría tener cabida el ejercicio de las referidas actividades sindicales, pues por la relevancia de las actuaciones de los funcionarios que se encuentran efectuando tales cometidos no hay ninguna duda de las mismas tienen incidencia en dichas necesidades organizativas, que, a su vez, pueden tener incidencia en las asistenciales, sin embargo, si entendemos que tales circunstancias organizativas han de quedar reflejadas en alguno de los siguientes supuestos previstos en el precepto, en que se recogen las mismas, que ha de entenderse como un "numerus clausus", las expresadas funciones sindicales no pueden entenderse que tuviera cabida en las mismas, al referirse a técnicas sanitarias o relevancia de los proyectos de investigación. Sin embargo, si tenemos en cuenta el rango normativo del Plan, una mera Orden del Consejero de Sanidad, ha de entenderse que el mismo no tiene un carácter limitativo de los supuestos contemplados, si existen casos que por normas de rango superior deben también entenderse contemplados. Y entre ellos, sin duda, debe estar el caso previsto de realización de funciones sindicales, dado el grado de protección de la indemnidad sindical, en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma ha de interpretarse el supuesto analizado integrando el ahora contemplado de ejercicio de actividades sindicales.

**QUINTO** . Lo antes razonado no quiere decir que el ejercicio de actividades sindicales tenga un valor absoluto, de forma tal que en todos los supuestos en que se dé la misma deba necesariamente ser seguida de la necesidad de prolongación en la edad de jubilación, sino que deberá en todo caso sopesarse cuales son las circunstancias que concurren en cada caso, lo que exigirá una ponderación motivada de las mismas, en forma similar a la que se exige con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, y que en el ámbito que nos ocupa se encuentra regulada en el artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, tanto en la redacción originaria Ley 7/2007 , como en la actualmente vigente, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. También la jurisprudencia exige dicha motivación, sentencia de 20 de diciembre de 2011 , 17 de marzo de 2016 , de forma tal que puede enervarse a través de dicha motivación, en base a la existencia de circunstancias organizativas que impidan la permanencia en el servicio activo más allá de los 65 años de edad.

La exigencia de motivación se contempla también en el artículo 5.5 del Plan de Ordenación de Recursos Humanos que es objeto de aplicación, al decirse que "Si la resolución es desestimatoria de la prolongación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ...", si bien con referencia a las circunstancias concretas que el propio Plan contempla, lo que como hemos dicho no exonera de hacerlo también respecto a la existencia del derecho a la indemnidad sindical que en este caso nos ocupa.

Aplicando lo razonado al caso analizado hemos de decir que no existe por parte de la Administración ningún razonamiento sobre la alegación del actor en su solicitud de prolongación en el servicio activo, en la que expresaba -folio 13 del expediente- la existencia de los cargos que ostentaba, cuales eran: "Vicepresidente y Responsable de Atención Especializada del Sindicato Médico de Salamanca (CESM-Salamanca), Vicesecretario General de CESM-Castilla y León, organizaciones sindicales de máxima responsabilidad en el colectivo médico".

La actividad de dichos cargos sindicales realizados por el actor, sin duda ha de tener incidencia en las circunstancias organizativas, por lo que se debieron sopesar en la resolución recurrida dichas circunstancias. Sin embargo, la respuesta dada en la resolución recurrida es estereotipada y en modo alguno se refiere a la concurrencia de tales circunstancias, en forma contraria a lo que se hizo en los precedentes administrativos antes referidos que fueron tenidos en cuenta en la sentencia de esta Sala, antes aludida, de 12 de noviembre de 2015 .

**SEXTO** . Debe entenderse, a tenor de los razonamientos precedentes, que ante las deficiencias de la resolución recurrida -que anteriormente han sido puestas de manifiesto- el derecho de libertad sindical contenido en el artículo 28 de la Constitución Española -derecho este que para ser preservado requiere las máximas garantías



en el procedimiento seguido al adoptar una resolución como la acordada denegando la prolongación de la edad de jubilación, que en el presente caso carece de motivación, en cuanto al supuesto alegado por el actor sobre ostentación de cargos sindicales relevantes no ha tenido respuesta por la Administración-, ante esta falta de motivación, se ha visto vulnerado, pues dicho derecho de libertad sindical por su nivel de protección demanda la constatación y acreditación por la Administración de la existencia de circunstancias impeditivas de la prolongación, actividad que no ha tenido lugar en la tramitación del procedimiento en que han recaído los acuerdos recurridos.

La demanda por lo tanto deberá ser estimada, anulando el acto recurrido, lo que acarrea como efectos -implícitamente interesados en el suplico- como efecto inherente a la declaración de nulidad, de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, , pues una vez que es anulado el acto recurrido deberán desaparecer todos los efectos jurídicos que dimanen del mismo; por lo que procederá en este punto acordar la incorporación del actor a su puesto de trabajo en situación de prolongación de su edad de jubilación en análogas condiciones a las preexistentes al momento de la adopción de la resolución recurrida, y ello teniendo en cuenta el artículo 1, apartado 3, del Decreto-Ley 2/2012 : " **La prolongación de la permanencia en el servicio se concederá por un año, pudiendo renovarse anualmente hasta que se cumpla la edad establecida en el apartado 2 del presente artículo** " (70 años). Ello significa que tal declaración de derechos del aquí demandante, en cuanto a los referidos efectos propios de la reincorporación en el puesto de trabajo, ha de serlo con efectos desde la solicitud y hasta el vencimiento de la anualidad que correspondería cumplir tras la firmeza de esta sentencia -todo ese lapso temporal-; sin limitarlos por tanto al periodo de un año, ya que es obvio que durante la tramitación de los distintos recursos -tanto administrativos como este jurisdiccional, que han tenido en su conjunto una duración superior- no ha tenido dicha parte la posibilidad de efectuar y reiterar la petición al habersele denegado inicialmente, no siendo hasta que conoce los pronunciamientos de la presente sentencia cuando, y una vez reconocido su derecho, podría reiterar dicha solicitud, mas siempre dentro del límite de los setenta años.

También, con la misma limitación de efectos temporales anterior, se ha de reconocer al actor el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos que se concretará en el periodo de ejecución de sentencia, y ello en aplicación de los principios consagrados al respecto en nuestro ordenamiento jurídico, de resarcimiento de los perjuicios derivados de la actuación administrativa como dimana del artículo 106.2 de la Constitución Española , ya que obviamente los mismos se han generado como consecuencia de las resoluciones dictadas por la Administración y que ahora se reputan no han sido ajustadas a Derecho, lo cual exige su compensación, de forma tal que se obtenga la plena indemnidad por la actora.

Y de esta forma se han de comprender en dicha reparación, siempre con ese límite temporal, los siguientes conceptos:

-Las retribuciones dejadas de percibir por el funcionario, que serán objeto de compensación con las prestaciones que hubiera percibido del sistema de Seguridad Social. Estas retribuciones devengarán el interés correspondiente desde la fecha en que debieron ser percibidas, en atención al carácter resarcitorio de estos intereses y para compensar la pérdida patrimonial que ha supuesto el no abono de las reiteradas retribuciones.

-Todas las cotizaciones sociales a satisfacer por la Administración en la misma forma que si se estuviera en situación de servicio activo.

**SÉPTIMO** . En cuanto a las costas, previene el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción aplicable a este procedimiento que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Y en el presente caso, estimado el recurso sin que existan las expresadas dudas de hecho o de derecho, procede su imposición a dicha Administración.

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010 , en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 2.000 euros

**Vistos** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto, por la vía del Procedimiento Especial para la protección de los derechos de la persona, por la procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> María Luz



Loste Verona en nombre y representación de D. Alexis , contra los acuerdos expresados en el encabezamiento y primer fundamento de Derecho de esta resolución, anulamos dicho acuerdos por no ser ajustados a Derecho.

Asimismo reconocemos el derecho del mencionado recurrente, en los términos precedentemente recogidos en el sexto fundamento de derecho, al restablecimiento de su situación jurídica individualizada, consistente en: el derecho a su reingreso en el puesto que ocupaba con anterioridad al acuerdo de jubilación, con efectos desde la presentación de su solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo hasta el vencimiento de la anualidad que se cumpliría tras la firmeza de esta sentencia y hasta el límite de la edad de setenta años; el derecho al abono de las retribuciones dejadas de percibir, con los mismos efectos temporales y sin perjuicio de su compensación con las prestaciones percibidas del sistema de Seguridad Social, más su interés legal 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, en la cuantía máxima por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, de 2.000 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer el recurso de casación previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, recurso que, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia, cumpliendo los requisitos previstos en cada caso en la Ley Jurisdiccional 29/1998.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ A LA SENTENCIA N.º 1337 DE FECHA 4 DE OCTUBRE DE 2016, DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES N.º 526/2016.

Respetuosamente discrepo de los razonamientos contenidos en la indicada Sentencia que recogen la opinión mayoritaria de la Sala, por las razones que a continuación se exponen.

PRIMERO.- La Sentencia sostiene que la garantía de indemnidad de la que disfruta el derecho a la libertad sindical garantizado por el artículo 28.1 de la Constitución española ha sido desconocida por la Resolución de 10 de mayo de 2016 dictada por el Sr Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud (SACyL), que aquí se recurre, por la que se deniega al actor la prórroga en el servicio activo y de la que son consecuencia el resto de los actos impugnados.

La garantía de indemnidad supone, tal y como se expresa en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia mayoritaria, que el trabajador no sufra por razón de su afiliación o actividad sindical menoscabo alguno en su situación profesional o económica en relación a la situación profesional o económica del resto de los trabajadores de esa empresa.

La garantía de indemnidad supone también que quien desarrolla una actividad sindical sea considerado a todos los efectos como si estuviese en el servicio activo con el fin de que pueda percibir las mismas retribuciones que el resto de los trabajadores que prestan servicios y que se consideren como servicios efectivamente prestados las funciones sindicales ejercidas.

Desde mi punto de vista, la Resolución recurrida en tanto en cuanto deniega la prórroga en el servicio activo en aplicación de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre que aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga en el servicio activo, no constituye lesión a esa garantía y, por lo tanto, no lesiona el derecho fundamental que se invoca.

La Resolución recurrida no se basa ni directa, ni indirectamente en la condición de Delegado Sindical del actor.

Esto es, no deniega la prórroga por tal circunstancia.

Al contrario, se basa -y así se expone en dicha Resolución- en la aplicación del apartado 4.1 de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre , que contempla los supuestos en los que procede autorizar la prórroga en el servicio activo, concluyendo que, como en el presente caso, el actor no se encuentra en ninguna de ellos, la solicitud de prórroga por él presentada debe ser desestimada.

Consiguientemente, el trato dado al actor es exactamente el mismo que al resto del personal estatutario que solicita la prórroga en el servicio activo y que -no debemos olvidar- en el marco del Plan de Ordenación de Recursos Humanos dicha prórroga es excepcional.



La garantía de indemnidad no supone recibir un trato distinto de signo positivo, esto es, entender que por tal condición la prórroga debe ser concedida o denegada bajo un planteamiento distinto o atendiendo a otros motivos que no sean los recogidos en el apartado 4.1 del Plan.

Hay que recordar que el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud es de aplicación a todo el personal estatutario, realice funciones sindicales o no, y que el mismo establece que la prolongación en el servicio activo ha de ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.

Esto es precisamente lo que hace la Resolución recurrida.

Por lo tanto, y con independencia de lo que a continuación expondré, no resulta en este caso de la denegación de la prórroga en el servicio activo que solicita un representante sindical, la lesión de la garantía de indemnidad que comporta tal función.

Cabe añadir que el supuesto de hecho contemplado en la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2015 (recurso 270/2015), a la que se refiere la Sentencia mayoritaria, es distinto, ya que allí hubo una previa autorización de prórroga que aquí no existe.

SEGUNDO.- Los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto hacen referencia a la falta de motivación de la Resolución recurrida y a la no consideración, como motivos para acceder a la prórroga en el servicio activo del actor, de su condición de Delegado Sindical así como a la posibilidad de que dicha condición pueda tener encaje en los supuestos del apartado 4 de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre.

El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales ha sufrido claramente una importante evolución desde sus iniciales orígenes hasta el momento actual, de lo que se hace eco, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2013 (recurso 145/2013) que declara inadmisibile el recurso interpuesto a través de esta vía especial, asumiendo los argumentos empleados por la Abogacía del Estado.

Dice esa Sentencia: <<(…)Con anterioridad a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó el ámbito del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en la Ley 62/1978, circunscribiéndolo al análisis de la vulneración de los derechos fundamentales, de tal manera que quedaban extramuros del mismo cualesquiera otras pretensiones distintas que dimanaran de la interpretación de la legalidad ordinaria. A tal efecto, los tribunales efectuaban un doble análisis. En primer lugar, se verificaba si el acto del poder público, con independencia de su corrección jurídica, percutía directamente sobre el ámbito de los derechos fundamentales, lo que determinaba la viabilidad del proceso, toda vez que si no se apreciaba la existencia de tal incidencia se decretaba la inadmisibilidad. En segundo lugar, si se constataba el influjo de la actuación en el ámbito de un derecho fundamental, se entraba en el fondo y se analizaba si la actividad sometida a fiscalización era ajustada o no a Derecho.

Este segundo análisis, determinante de la estimación o desestimación del recurso, quedaba ceñido a la vulneración de los derechos fundamentales. Los restantes aspectos de la actividad pública que afectaban a la legalidad ordinaria quedaban reservados para el procedimiento ordinario y radicalmente apartados del de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ( SSTS de 14 de agosto de 1979, 21 de abril EDJ 1980/12251 y 3 de julio de 1980, 14 de mayo EDJ 1981/5640 y 8 de julio de 1981 EDJ 1981/6049; 15 y 7 de enero de 1982 EDJ 1982/101; 15 de enero EDJ 1983/210, 9 de junio EDJ 1983/3442 y 7 de julio de 1983 EDJ 1983/4084). Dicho análisis previo de incidencia o percusión en el ámbito de los derechos fundamentales con virtualidad sobre la admisión o inadmisión del proceso fue avalado por el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 37/1982 EDJ 1982/37, señaló que no existía una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental, de tal manera que si el recurrente acudía al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado de la vía ordinaria, por sostener que se había producido una lesión de derechos fundamentales cuando prima facie podía afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no había percutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia había de ser la inadmisión del recurso.

Es cierto, que como el propio Abogado del Estado admite, y dicha circunstancia se subraya por la recurrente, la Ley Jurisdiccional de 1998 puso de relieve en su Exposición de Motivos que el procedimiento de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales regulado en la misma pretendía superar la rígida distinción entre derechos fundamentales y legalidad ordinaria, y ello por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Como sostiene el Abogado del Estado, la ampliación de ámbito efectuada por la Ley Jurisdiccional permite matizar la





*doctrina anterior, pero no autoriza a prescindir totalmente de ella. Su finalidad no es otra que evitar que se restrinja en exceso el ámbito del objeto procesal, excluyendo aquellos casos en los que el control sobre la vulneración de los derechos fundamentales exige analizar previamente la legalidad ordinaria. Pero no puede entenderse como un reconocimiento de la posibilidad de extender aquél hasta aquellos supuestos en los que las alegaciones se funden exclusivamente en problemas de legalidad ordinaria aunque remotamente se invoque la vulneración de un derecho fundamental. Ello supondría, según el Abogado del Estado, desnaturalizar el sentido y alcance de esta específica vía procesal, caracterizada por la brevedad de los plazos y por la tramitación preferente>>.*

TERCERO.- Desde mi punto de vista la demanda no contiene ningún argumento por el que se pueda entender que se ha vulnerado el derecho fundamental que alega, esto es, el derecho a la libertad sindical.

Al contrario, lo que claramente invoca son cuestiones de legalidad ordinaria, basadas en la falta de motivación de la resolución recurrida o en discrepancias con la que en ella se contiene.

Efectivamente su planteamiento, como se recoge en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de la Sentencia mayoritaria, pasa por entender que las funciones sindicales que desarrolla justifican la prolongación en el servicio activo, y que como esa fue la circunstancia que alegó en la solicitud inicial, debió ser objeto de un análisis específico en la Resolución recurrida.

Hay que recordar que en principio y salvo concretas excepciones los defectos de motivación constituyen vicios de legalidad ordinaria.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 2014 (recurso de amparo 1695/12 ) dice en su Fundamento de Derecho Cuarto: *<<Así centrado el objeto del pleito, hemos de comenzar nuestro estudio por las infracciones constitucionales imputadas a las resoluciones administrativas y judiciales que al denegar la renovación de su permiso de trabajo y residencia sin ponderar las circunstancias relativas a la escasa gravedad del delito cometido, y personales del demandante, de arraigo y familiares, habrían causado las vulneraciones invocadas. De acuerdo con nuestra consolidada jurisprudencia, la motivación de las resoluciones administrativas es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que, por tanto, se encuentra extramuros de esta jurisdicción. La excepción es que se trate de resoluciones adoptadas en un procedimiento sancionador, o de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de otros derechos, pues como afirmamos tempranamente, "es verdad que la exigencia de motivación no puede resultar de la aplicación de las normas relativas al procedimiento administrativo y de la necesidad de ofrecer una fundamentación a los actos administrativos. Sin embargo, cuando se coarta (...) el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos" ( STC 26/1981, de 17 de julio , FJ 14 EDJ 1981/26; doctrina reiterada, por todas, en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12 EDJ 2007/188657 ; 17/2009, de 26 de enero , FJ 2 EDJ 2009/12456).>>*

En el presente caso, la decisión impugnada, como hemos dicho, se enmarca dentro de las previsiones del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, dándose al actor el mismo trato que al resto de los profesionales que han solicitado la prolongación en el servicio activo y al igual que para ellos la motivación viene dada por referencia a dicho Plan.

Al igual que el actor alega en apoyo de su pretensión una concreta circunstancia, cual es la de ser Delegado Sindical con importantes funciones sindicales de defensa de los derechos e intereses del personal al que representa, otros, en los procesos promovidos por otros profesionales, se han alegado otras circunstancias que a juicio de los interesados son subsumibles en los supuestos del apartado 4.1 del Plan.

Por lo tanto, no es que haya una falta de motivación, sino que el actor discrepa de la motivación dada, y alega una circunstancia cual es que su condición de Delegado Sindical debe ser ponderada por la Administración en el marco de dicho apartado y en función de ello acceder a la prolongación en el servicio activo.

Así las cosas y a mi juicio, no estamos ante un supuesto en el que la decisión impugnada incida en el derecho a la libertad sindical (y por ello la falta de motivación del acto o las discrepancias sobre la misma no incide en el derecho fundamental que se alega) sino al contrario, lo que se sostiene por el recurrente es que esa condición debe ser valorada por la Administración y en función de ello acceder a la prolongación en el servicio activo.

De este modo, considero que el debate ha versado sobre la interpretación y alcance que haya de darse al apartado 4 de la Orden, esto es si los supuestos en los que cabe autorizar la prórroga en el servicio activo son cerrados o no, si por técnica sanitaria relevante ha de ser las exclusivamente médicas o cabe también otras, si la función sindical debe tener su encaje en las razones organizativas que justifican la autorización de la prórroga, etc....



En definitiva, lo que se plantea es si la condición de Delegado Sindical tiene encaje en el apartado 4 del Plan, por lo que debió ser estimado el motivo de oposición a la demanda formulado por la Administración en su escrito de contestación

CUARTO.- Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015 (recurso 1331/2014 ) la jurisprudencia tiene establecido, entre otras muchas, en las Sentencias de 21 de diciembre de 2007 (rec. casación 7686/2005) y en las que en ella se citan; de 15 de febrero de 2010 (rec. casación 1608/2007); de 20 de diciembre de 2011 (rec. casación 4911/2010) o en la de 6 de junio de 2014 (rec. casación 159/2013), a propósito de los requisitos que debe reunir el escrito de interposición del recurso para franquear el acceso a esta vía especial de protección judicial de los derechos fundamentales, que *"basta con la invocación de uno de ellos de los que sería titular el recurrente y con la imputación de su infracción a la concreta actuación administrativa impugnada, junto con un mínimo razonamiento que enlace ese resultado con ella"* para admitir el recurso.

Pero hay que añadir que, respetada esa exigencia, como en este caso, y entrando en el fondo de la cuestión, hay que ver si la lesión al derecho fundamental se ha producido en los términos en los que se pronuncia el artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción , que dice, que la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

Por lo expuesto, la infracción del ordenamiento jurídico que se alega y que ha acogido la Sentencia mayoritaria (motivación) no ha producido la lesión del derecho a la libertad sindical, por lo que el recurso debió ser desestimado.

En Valladolid, a 4 de octubre de 2016.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa, así como el voto particular que la acompaña, en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.