

Roj: **STS 304/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:304**Id Cendoj: **28079130042017100032**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **06/02/2017**Nº de Recurso: **969/2015**Nº de Resolución: **190/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 969/2015, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por la letrada de sus **Servicios** Jurídicos, contra la sentencia número 22, de 8 de enero de 2015, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictada en el recurso número 707/2013. Es parte recurrida don Arcadio, representado por la procuradora de los Tribunales doña Dolores Tejero García-Tejero y defendido por la letrada doña Amor Lago Menéndez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De las actuaciones judiciales y del expediente administrativo resulta que don Arcadio ostentaba la condición de personal estatutario fijo del **Servicio** de Salud de Castilla y León, en la categoría de licenciado especialista, Jefe de Sección, prestando sus **servicios** en el Hospital Clínico Universitario de Valladolid.

Próximo a cumplir los 65 años solicitó prolongar su **permanencia** en el **servicio activo** una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, lo que se le autorizó por resolución del Director Gerente del citado hospital de 19 de diciembre de 2007, con efectos de 22 de mayo de 2008.

Por Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Castilla y León, se aprobó el Plan de Ordenación de Recursos Humanos (PORH) en materia de prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** y prórroga del **servicio activo** (BOCYL núm. 250, de 31 de diciembre de 2012), cuyo apartado 7, de acuerdo con la disposición transitoria primera 2 del Decreto-Ley 2/2012, establece:

«7. Finalización de las prolongaciones de la **permanencia** en el **servicio activo** autorizadas a la entrada en vigor del presente Plan.

Las prolongaciones de la **permanencia** en el **servicio activo** autorizadas finalizarán en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del presente Plan, salvo que por resolución expresa de los órganos competentes del **Servicio** de Salud de Castilla y León, y de acuerdo con los criterios y las necesidades determinados en el presente Plan, se autorice la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo**. Dicha resolución deberá dictarse antes de los 15 días anteriores a la finalización del plazo de tres meses».

Con motivo de la entrada en vigor del PORH, por resolución del Director Gerente del Hospital Clínico Universitario de Valladolid de 1 de marzo de 2013, tras efectuar la correspondiente valoración, se dispuso la finalización de la situación de prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** del Sr. Arcadio el día 31 de marzo de 2013.

Posteriormente, se adoptaron por el referido Director Gerente, actuando por delegación, acuerdos de 31 de marzo de 2013 de jubilación y de formalización de cese en el puesto de trabajo.



Disconforme con las anteriores decisiones, el Sr. Arcadio promovió recurso contencioso- administrativo. En el suplico de su demanda solicitó que se tuviera por interpuesto el recurso «[...] contra el Acuerdo de Jubilación de fecha 31 de Marzo de 2013 dictado por el Director Gerente del Hospital Clínico Universitario de Valladolid por delegación e indirectamente contra la Orden SAN/1119/2012, de 27 de Diciembre , de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** y prórroga del **servicio activo** y su Anexo [...]», y que se dictara sentencia que declarara nulas y sin efecto las resoluciones y la Orden impugnadas; declarara el derecho de la parte recurrente a su reincorporación en el puesto que desempeñaba en las mismas condiciones que venía disfrutando antes de su cese; y a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados.

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, tras someter a la consideración de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA , la posible falta de competencia objetiva de los órganos administrativos que dictaron las resoluciones objeto del recurso, dictó sentencia estimatoria el 8 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto [...], contra el acuerdo del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León expresado en el encabezamiento de la presente resolución, debemos anular y anulamos el mismo, por ser disconforme con el ordenamiento jurídico.

Asimismo reconocemos a la vez [...] el derecho, en los términos precedentemente recogidos en el duodécimo Fundamento de Derecho, al restablecimiento de su situación jurídica individualizada, consistente en el derecho al reingreso en el puesto que ocupaba con anterioridad; al abono de las retribuciones dejadas de percibir, sin perjuicio de su compensación con las prestaciones percibidas del sistema de Seguridad Social y demás percepciones incompatibles, más el interés legal de dichas retribuciones desde el momento en que debieron ser percibidas; y al 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, con el límite máximo de novecientos (900) euros. [...]».

Al explicar las razones que llevan al fallo, la sentencia reproduce los fundamentos jurídicos de la sentencia de la misma Sala y Sección de 19 de diciembre de 2014, recaída en el recurso núm. 809/2013. Comienza recordando que la Sala de Valladolid ya se había pronunciado sobre la Orden SAN/1119/2012 , de la que trae causa la actuación administrativa impugnada. Pronunciamiento que confirmó su legalidad. Se refiere a la sentencia de 21 de octubre de 2014 (recurso núm. 193/2013).

Seguidamente afronta la cuestión de si era competente el Director Gerente para dictar el acto definitivo impugnado y concluye que no entra en sus facultades resolver sobre la extinción de la relación funcional por jubilación y que debió ser el Consejero de Sanidad el que adoptara la decisión correspondiente. Por tanto, la Sala de Valladolid considera viciada de nulidad la resolución referida.

Además, entiende que la actuación recurrida carece de la necesaria motivación pues no es suficiente con que siga el PORH sino que, al resolver sobre el caso individual, debe ofrecer las razones que llevan a la decisión correspondiente.

Por último, considera que la parte recurrente debió ser oída antes de que se resolviera sobre su situación y que, como se acordó de plano poner fin a su **permanencia** en el **servicio activo**, se le causó indefensión.

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia, la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León anunció recurso de casación, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2015, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta superioridad.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones, la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León presentó el 29 de abril de 2015 escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en cinco motivos formulados, todos ellos, al amparo del supuesto del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA). Por auto de la Sección Primera de esta Sala se admitieron los cuatro primeros y se inadmitió el quinto por manifiesta carencia de fundamento.

Esos cuatro motivos admitidos consisten, en síntesis, en lo siguiente:

(1º) El primero reprocha a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 1.7 del Código Civil (CC) y 9.1 y 3 y 163 de la CE . Al explicarlo, indica que la disposición transitoria primera del Decreto-Ley 2/2012, de 25 de octubre , por el que se adoptan medidas urgentes en materia sanitaria, dispuso: «Una vez aprobado el Plan de Ordenación de Recursos Humanos y, a partir de su entrada en vigor, en el plazo de tres meses finalizarán las prolongaciones de **servicio** autorizadas, salvo que por resolución expresa de los órganos competentes del **Servicio** de Salud de Castilla y León y de acuerdo con



los criterios y las necesidades que se determinen en el Plan (...) se autorice la **permanencia** en la prolongación del **servicio activo**». Señala la parte recurrente el deber de los jueces de resolver conforme al sistema de fuentes establecido y resalta que el PORH fue aprobado por Orden SAN/1119/2012, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, de manera que la finalización de las prolongaciones autorizadas se produciría por imperativo legal el 1 de abril de 2013, como fecha máxima. Resalta que la Sala de Valladolid ha confirmado la legalidad del PORH y que la sentencia ahora recurrida no tiene en cuenta lo prescrito por la mencionada disposición transitoria primera del Decreto-Ley 2/2012, que no somete a ningún condicionamiento la finalización de esas prolongaciones.

(2º) El segundo denuncia la infracción por la sentencia de los artículos 62.1 b), 63.2 y 67.3 de la Ley 30/1992. Incurre, al entender de la parte recurrente, en esa infracción porque no precisa si la incompetencia que advierte es un vicio que ha de encuadrarse en el artículo 62 o en el artículo 63 de la citada Ley 30/1992. Añade, a mayor abundamiento, que ese defecto que advierte la sentencia de instancia no pasaría de ser una mera cuestión de incompetencia funcional o jerárquica entre dos órganos de una misma persona jurídica, perfectamente subsanable al amparo del artículo 67 y, en todo caso, solamente se podría considerar como causa de anulabilidad conforme al artículo 63, siempre de la Ley 30/1992. Y, ya en vía contencioso-administrativa, dice el motivo, para que pudiera declararse su anulabilidad sería preciso que el acto careciera de los requisitos formales imprescindibles para que alcanzara su fin y que haya dado lugar a indefensión del interesado. Y esto no sucede aquí.

Además, dice que una sentencia de la Sala de Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la dictada el 23 de marzo de 2015 en el recurso 47/2014, sobre la misma cuestión competencial aquí discutida, afirma que corresponde al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud resolver asuntos como el que dio lugar a este proceso.

(3º) El tercero invoca la vulneración de los artículos 26 de la Ley 55/2003; 67.3 del EBEP; y 54 y 63 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre esos preceptos y sobre la motivación de los actos administrativos. En relación con el primero de estos preceptos, alega la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 2014 (recurso de casación núm. 1284/2013), el auto del Tribunal Constitucional núm. 85/2013 y la sentencia de la propia Sección Primera de la Sala de Valladolid de 21 de octubre de 2014 (recurso núm. 193/2013) cuando pone de manifiesto que la aprobación y entrada en vigor del PORH trae consigo, como efecto común general, la finalización de las prolongaciones de **servicio** autorizadas previamente. Termina este motivo diciendo que la sentencia infringe frontalmente los artículos 26 de la Ley 55/2003 y 67 del EBEP «[...] y lleva a cabo su análisis tomando como punto de partida la existencia de un derecho adquirido a la prolongación [...]». Y que da un paso más al considerarlo un derecho-adquirido absoluto y afirmar que la denegación impugnada no estaba motivada por no haber tenido en cuenta las circunstancias previamente existentes.

Concluye la parte recurrente y pide que así se declare que: (a) no hay un derecho adquirido a la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo**; (b) la jubilación que se acordó está perfectamente motivada por la remisión al PORH y a lo previsto en su apartado 4; (c) esa remisión es válida y ajustada a Derecho y (d) no ha generado indefensión real, material o efectiva a la parte recurrente en la instancia.

(4º) El cuarto y último afirma que la sentencia ha infringido el artículo 84 de la Ley 30/1992 por aplicarlo indebidamente y los artículos 26 de la Ley 55/2003 y 67.3 del EBEP y de la jurisprudencia formada sobre su correcta interpretación. El trámite de audiencia al interesado que la Sala de Valladolid consideró imprescindible no era necesario en este caso. Sólo considerando la prolongación en el **servicio activo** un derecho absoluto resultaría ineludible esa audiencia. Y de los preceptos señalados y de la jurisprudencia invocada no resulta ese derecho incondicionado. Por lo demás, apunta la Comunidad de Castilla y León que la parte recurrente no padeció una indefensión material, real y efectiva, y que la mera reiteración por su parte en vía contencioso-administrativa de las alegaciones que la afirman no determina su existencia.

En atención a los motivos precedentes, termina suplicando a la sala que dicte sentencia que «[...] con íntegra estimación del presente Recurso de Casación, anule la sentencia número 22/2015, de 8 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictada en el Procedimiento Ordinario 707/2013, y resolviendo el debate planteado, declare conforme a derecho la finalización de la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** y la jubilación de Don Arcadio [...]».

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección conforme a las reglas de reparto de asuntos y concedido el oportuno traslado, la procuradora doña Dolores Tejero García-Tejero presentó escrito de oposición al recurso de casación, en el que tras alegar cuanto estimó oportuno suplicó a la Sala que «[...] declare no haber lugar al mismo, confirmando la resolución impugnada, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente y lo demás que proceda en justicia [...]».



SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 16 de enero de 2017 se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 31 de enero de 2017, en cuya fecha se deliberó y votó el recurso.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en casación la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 8 de enero de 2015, dictada en el recurso número 707/2013 de la que se ha dado cuenta en los antecedentes de la presente resolución.

Hemos de advertir con carácter previo que esta Sala ha tenido ya la ocasión de pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas en este recurso pues ha debido resolver motivos semejantes a los aquí interpuestos frente a sentencias de la Sala de Valladolid que se pronunciaron en los mismos términos que la aquí impugnada sobre actuaciones administrativas que pusieron fin a prolongaciones del **servicio activo** en el **Servicio** de Salud de Castilla y León autorizadas con anterioridad. Se trata, por todas, de las sentencias de 17 de marzo de 2016 (casación núm. 372/2015); de 9 de mayo de 2016 (casación 375/2015), de 14, 15, 23 y 28 de junio de 2016 (casaciones núm. 378/2015, 374/2015, 377/2015 y 379/2015, respectivamente) y de 23 de noviembre de 2016 (casación 721/2015).

En todas las sentencias citadas, esta Sala ha estimado los recursos de casación interpuestos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, acogiendo el motivo segundo de los formulados en aquéllos, de contenido sustancialmente idéntico al correlativo del presente recurso, cuya estimación se ha considerado suficiente para anular las sentencias impugnadas.

Además, las sentencias de 16 de marzo de 2016 y de 4 de octubre (casaciones 3908/2014 y 3950/2014) confirmaron las dictadas por la Sección Primera de la Sala de Valladolid el 21 de octubre de 2014 en los recursos núm. 275/2013 y 193/2013, desestimatorias, a su vez, de la impugnación de la Orden SAN/1119/2012, del PORH.

SEGUNDO.- Por exigencias derivadas del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, se ha de seguir en este caso el mismo criterio que observamos en los anteriores y acoger el recurso de casación de la Comunidad de Castilla y León.

Las razones que fundaron esos previos pronunciamientos siguiendo lo ya dicho en la sentencia de 23 de junio de 2016 antes citada (FJ 5º) son, en esencia, las siguientes:

«[...] En primer lugar, hemos precisado que nuestro análisis no se debía centrar en determinar 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, o para acordar la prolongación de su **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. Nuestro juicio, hemos dicho, debía versar sobre si la nulidad de pleno derecho de un acto ha de incardinarse en alguno de los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 62 de la Ley 30/1992, dado el carácter restrictivo de los supuestos de nulidad en la legislación vigente, lo que la Sala de instancia no ha hecho.

A este respecto, comprobado que la sentencia no encuadra en ninguno de los apartados de ese precepto el vicio de incompetencia del Gerente Regional que ha apreciado, hemos dicho que la incompetencia advertida, al no ser manifiesta por razón de la materia o del territorio –supuesto que sí encajaría en el apartado 1 b) del artículo 62 de la Ley 30/1992, único que considera a la incompetencia causa determinante de nulidad– sino deberse a razones jerárquicas o funcionales, no determina la nulidad de pleno Derecho de la resolución afectada.

Recordábamos, a este respecto, el cambio que la Ley 30/1992 (artículo 62) ha supuesto frente a la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 [artículo 47.1.a)] en este punto. Si en la regulación anterior la manifiesta incompetencia del órgano era causa de nulidad de los actos administrativos, ahora solamente lo es cuando interviene un órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o del territorio. Además, la jurisprudencia emanada sobre la Ley de 1958 subrayó que el carácter manifiesto de la incompetencia debía ser tal que se apreciara sin esfuerzo dialéctico alguno [sentencias de 25 de enero de 1980 (CENDOJ, ROJ 2421/1980), de 23 de noviembre de 2001 (casación 4262/1996)]. Y, a partir de la vigencia de la Ley 30/1992 insistió [por ejemplo, en la sentencia de 20 de septiembre de 2012 (casación 4605/2010)] en que la incompetencia ha de ser "manifiesta" y que "un supuesto vicio de incompetencia jerárquica como el que aquí se aduce nunca podría ocasionar una nulidad radical de la actuación administrativa". Y recordó que "la



jurisprudencia mayoritaria distingue 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".

Por eso, dimos la razón a la Comunidad de Castilla y León en que no hubo 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 y no consideramos relevantes las cuestiones relativas a la exacta distribución interna de competencias, incluyendo las eventuales delegaciones efectuadas por el órgano superior jerárquico. En definitiva, la eventual falta de competencia jerárquica o funcional apreciada por la sentencia –que tampoco podía considerarse manifiesta– no podía tener alcance invalidante. Esto determinó que acogiéramos el motivo de casación y nos obliga ahora a hacer lo mismo».

Procede, por lo expuesto, acoger este segundo motivo de casación, sin que a ello obste la oposición formulada por la parte recurrida toda vez que no se está ante una cuestión de Derecho autonómico, ni la cita de los preceptos estatales cuya infracción se invoca reviste carácter instrumental, y tampoco se aprecia falta de correlación entre el motivo empleado y la infracción denunciada.

TERCERO.- La estimación del motivo segundo comporta, sin que sea preciso examinar los demás motivos, la anulación de la sentencia impugnada lo que, de acuerdo con el artículo 95.2 d) de la LJCA , obliga a resolver la controversia en los términos en que el debate se ha planteado.

En consecuencia, siguiendo lo ya razonado en las anteriores sentencias, procede pronunciarse sobre la legalidad de la decisión administrativa que, en aplicación de la Orden SAN/1119/2012 , puso fin a la situación de prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** que había sido previamente autorizada a la parte recurrente en el proceso de instancia.

Y para ello se ha de reiterar lo razonado en la sentencia de 23 de junio de 2016 ya citada (FJ 6º y 7º):

«[...] En efecto, nos hemos remitido a la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 recogida en las sentencias de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012), de 15 de febrero de 2015 (casación 2119/2012), de 9 de marzo de 2012 (casación 1247/2011), de 14 de mayo de 2015 (casación 2702/2013), de 21 de julio de 2015 (casación 2062/2014), de 9 de febrero de 2016 (casación 3934/2014). Y, de acuerdo con ella, hemos desestimado anteriormente pretensiones como las que hace valer aquí el Sr. [...] por lo que debemos rechazar también la suya.

Las razones que así lo exigen son estas.

Ese artículo 26.2 no establece un derecho a la prórroga en el **servicio activo** hasta los setenta años de edad sino sólo una mera facultad de solicitarla condicionada al ejercicio por el **Servicio** de Salud –la Administración recurrida– de su potestad de autoorganización en función de sus necesidades articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. A esa conclusión conduce la comparación de este precepto con el artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y con lo que disponía el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública , en la redacción que le dio el artículo 107 de la Ley 13/1996 . Mientras que ese artículo 33 consagraba un derecho del **funcionario**, el artículo 67.3 y, antes, el artículo 26.2 se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora, por tanto, de normas que de reconocimiento de un derecho, sino, de una facultad sobre cuyo ejercicio ha de pronunciarse motivadamente la Administración.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de conceder la prórroga en el **servicio activo** de quien la solicite y cumpla los requisitos de capacidad exigidos hasta el límite máximo de los setenta años. Puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior y condicionarla a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

Así, pues, esa facultad del personal estatutario de solicitar la **permanencia** en el **servicio activo** con el límite máximo de los setenta años de edad está condicionada a lo que resulte del Plan de Ordenación de Recursos Humanos que apruebe la Administración en función de las necesidades del **Servicio** de Salud. De acuerdo con dicho Plan, es decir, de las necesidades a que atiende, la Administración puede autorizar la **permanencia** en el **servicio activo** hasta que el interesado que lo haya pedido cumpla los setenta años de edad. De ahí que sea el Plan el que, teniendo en cuenta la previsión del artículo 26.2, es decir la posibilidad, en principio, genérica de la prórroga, deba establecer su duración siempre respetando el límite o tope máximo de los setenta años de edad.

En fin, hemos de añadir que, tal como indica el auto del Tribunal Constitucional 85/2013 , la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años es la regla general, mientras que la prórroga en el **servicio activo** es la excepción y está supeditada a varios condicionantes.

SÉPTIMO.- Siempre de acuerdo con los criterios seguidos en las sentencias precedentes, debemos aceptar el argumento de la Comunidad de Castilla y León de que el Plan de Ordenación de Recursos Humanos

aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre, ofrece las razones por las que no era pertinente la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** del Sr. [...]. Orden cuya legalidad hemos confirmado según explicábamos antes, y que encuentra su cobertura en el Decreto Ley 2/2012, de 25 octubre. Así, la modificación de su situación no se produce como consecuencia o efecto del citado Plan, sino en virtud de un precepto con fuerza de Ley: la disposición transitoria primera 2 del Decreto-Ley 2/2012 castellano-leonés, pareja a la examinada en el auto del Tribunal Constitucional 85/2013.

En definitiva, el fin de la **permanencia** en **servicio activo** del Sr. [...] se produjo *ope legis* siendo la resolución administrativa que la acordó un acto de mera aplicación de un precepto legal preciso que no necesitaba de motivación distinta de la ofrecida por el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, ni ningún trámite previo. De ahí que no se produjera la infracción de los artículos 54, 56, 57, 102 y 103 de la Ley 30/1992 y, menos aún, del artículo 9.3 de la Constitución.»

No asiste la razón a la parte recurrente en la infracción que denuncia de las excepciones contempladas en el apartado 4.1 del Anexo de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre. Consta en el expediente el informe emitido por el Gerente del Centro o Institución Sanitaria en que el solicitante prestaba **servicio** -órgano especialmente habilitado para emitir el juicio técnico sobre los hechos que han de integrar esas excepciones según resulta de lo dispuesto en el apartado 5.4.1 del PORH-que concluye la no concurrencia en este caso de ninguna de esas excepciones que justificarían la autorización de la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo**, frente al que no pueden prevalecer los argumentos alegados por la parte recurrente sobre el particular.

Finalmente, sobre la cuestión relativa a la competencia del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León para resolver la finalización de la prolongación de la **permanencia** en el **servicio activo** y acordar la jubilación forzosa hay que reproducir lo ya dicho en la sentencia de 9 de mayo de 2016 (casación núm. 375/2015, FJ 5º):

«[...] La sentencia de instancia dedica los fundamentos tercero a séptimo a decidir sobre la competencia del Gerente Territorial en ordena a dictar la resolución de 7 de marzo de 2013 de Jubilación ya que en lo que a la prolongación o no en el **servicio activo** admite que la competencia corresponde al Director Gerente de la Gerencia Regional como consecuencia de lo dispuesto en la Orden SAN/111/2012, de 27 de diciembre apartado 5.5.

En base a los razonamientos que se contienen en la sentencia recurrida la Sala a quo llega en el inciso final de su fundamento séptimo a la conclusión de que "a tenor de los razonamientos precedentes procede la declaración de nulidad de la resolución recurrida al haberse dictado por órgano incompetente".

Ya en nuestro fundamento jurídico primero en virtud del cual estimamos el segundo motivo de casación articulado damos respuesta a esta conclusión de nulidad a que llega la Sala de instancia, no como consecuencia de un motivo de estimación del recurso planteado por el recurrente en instancia, sino al examinar una cuestión planteada por la propia Sala al amparo del artículo 33.2 de la LJCA.

Es cierto que en el fundamento jurídico segundo anterior esta Sala no se pronuncia sobre la hipotética incompetencia jerárquica no manifiesta del Director Gerente para adoptar el acuerdo de Jubilación de 7 de febrero, (insistimos en recordar que la cuestión la propia Sala a quo admite no se plantea en relación con el acuerdo de 6 de febrero de no prolongación en el **servicio activo**) pero esta cuestión no se planteó en instancia por las partes sino que lo fue por el Tribunal a quo al hacer caso de la facultad que le otorga el artículo 33 de la LJCA, y esta Sala, al actuar como Tribunal de instancia en plenitud para resolver el recurso contencioso administrativo interpuesto, no viene vinculada por la decisión tomada por aquél, en su providencia de 21 de noviembre de 2014, por cuanto no entendemos que concurra el presupuesto fáctico que el citado precepto exige, la apariencia de un motivo no planteado por las partes susceptible de fundar el recurso o la oposición, apariencia que debe ser, si no patente, al menos clara, porque de otro modo lo que acontece es que el Tribunal corre el riesgo de tomar partido para una de las partes sustituyendo a estas en la labor de fundar el recurso o la oposición, lo que entendemos es contrario al artículo 14 y 24 de la Constitución.

Que esa apariencia no concurre en el caso que nos ocupa resulta no solo de los propios razonamientos, argumentos y contra-argumentos que se contienen en los fundamentos tercero a séptimo de la sentencia recurrida que deben yuxtaponerse con los que se recogen en la sentencia de la propia Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, si bien en este caso de la Sala con sede en Burgos, de fecha 23 de marzo de 2015, Rº 476/2014 en la que se llega razonadamente a la conclusión contraria.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando se trate de un tema de Derecho Autonómico, como quiera que esta Sala actúa en plenitud como tribunal de instancia hemos de decir que compartimos en su integridad el criterio mantenido por la Sala con sede en Burgos en la sentencia antes citada por cuanto el que se sostiene en la



sentencia recurrida parte de un presupuesto que no compartimos, tal es que del artículo 87 de la Ley 3/2001 en relación con el artículo 4.2 del D 281/2001 resulta la competencia para adoptar acuerdo de jubilación debe venir determinada por una norma rango de Ley y como quiera que la Ley 2/2007 atribuye al Consejero de Sanidad "las competencias que en materia de personal estatutario no vengan atribuidas a ningún otro órgano de la Administración" concluye que es el Consejero quien tiene aquella competencia.

El principio de especialidad en la atribución de funciones que invoca la sentencia recurrida es predicable si de los del organismo autónomo como tal pero no cabe extenderlo a la competencia de los distintos órganos del mismo en lo que se refiere a su organización y funcionamiento, de tal manera que lo que exige el artículo 87 de la ley 3/2001 es que la ley de creación es que determine su denominación, sus fines y competencias, (la del organismo ad extra, no la de quienes integran sus órganos rectores ad intra), sus bienes, medios económicos. La referencia que efectúa el precepto a "aspecto que puedan ser modificados reglamentariamente" constituye una auténtica habilitación para modificar vía reglamento algún aspecto regulado en la norma de creación. El precepto finaliza haciendo referencia a causas de extinción, procedimiento para llevarlo a cabo y efectos de la misma. Deducir del citado precepto que la competencia para jubilación de **funcionarios**, o personal estatutario en nuestro caso, propio del organismo para que pueda ser ejercida por un órgano del mismo tienen necesariamente que venir especificada en la Ley de creación nos parece una conclusión excesiva.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico opera como un todo que debe ser analizado en su conjunto para resolver aquellas cuestiones, como la que nos ocupa, que puedan plantear dudas interpretativas, sin que quepa efectuar exclusiones de normas que sin haber sido objeto de anulación puedan llevar a arrojar luz sobre la cuestión debatida.

Y en este punto es relevante el artículo 89 de la citada Ley 3/2001 que establece que: "En lo no previsto en la Ley de creación del organismo autónomo, será de aplicación respecto de las materias de organización, régimen de los órganos y unidades administrativas, de las funciones y competencias, órganos colegiados y actuación administrativa las disposiciones de esta Ley sobre Administración General de la Comunidad Castilla y León, equiparándose a estos efectos las funciones del Presidente del Organismo a la del Consejero y las del máximo órgano unipersonal de gestión a los del Secretario general.

La referencia a competencia de este precepto sí es claramente ad intra, es decir, a la de los propios de titulares de los órganos del Organismo Autónomo, al contrario de lo que ocurre en el 87 que parece referirse a las competencias del organismo autónomo ad extra. Todo ello puesto en relación con el artículo 6.1.c del D 275/93 lleva a la conclusión que la competencia en materia de jubilación, atribuida de forma expresa al Secretario General, debe entenderse en el ámbito del Organismo Autónomo que nos ocupa al Director Gerente.

Por ello entendemos que no concurre el presupuesto que establece el artículo 33 de la LJCA, lo que también resulta de las conclusiones que alcanza la sentencia de la Sala de Burgos de fecha 23 de marzo de 2015, Rº 47/2014 PO que damos por reproducidos, sin entrar en un detallado análisis de la cuestión atendido su naturaleza de derecho autonómico correspondiendo a la Sala a que se refiere el artículo 99 de la LJCA resolver en su caso un hipotético recurso de casación para unificación de doctrina que en el futuro pueda plantearse sobre la cuestión caso de subsistir la discrepancia entre las Salas de Valladolid y Burgos».

En consecuencia, por todo lo expuesto procede desestimar en su integridad el recurso formulado en el proceso de instancia al no concurrir los vicios sustantivos, ni procedimentales alegados en la demanda y no apreciarse indefensión alguna de carácter material.

CUARTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la LJCA, no hacemos imposición de costas en el recurso de casación y, respecto a las de instancia procede imponerlas a la parte recurrente. Si bien haciendo uso de la posibilidad de limitar la cuantía máxima de la condena a las mismas, y siguiendo el criterio utilizado por esta Sala para asuntos semejantes en complejidad, se fija en 100 euros, más IVA, la cantidad máxima a reclamar, por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1º) Estimar el recurso de casación número 969/2015, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por la letrada de sus **Servicios** Jurídicos, contra la sentencia número 22, de 8 de enero de 2015, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictada en el recurso número 707/2013, que casamos y anulamos. 2º) Desestimar el recurso contencioso-administrativo número 707/2013 interpuesto por don Arcadio al ser conforme a derecho la actuación administrativa impugnada en el proceso de instancia. 3º)



No imponer las costas en el recurso de casación y, en cuanto a las de la instancia, imponerlas a la parte allí recurrente en los términos establecidos en el 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. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ