

Roj: **STS 866/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:866**Id Cendoj: **28079130072016100083**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **03/03/2016**Nº de Recurso: **3515/2014**

Nº de Resolución:

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados arriba indicados, ha examinado el recurso de casación número 3515/2014, interpuesto por la **Generalitat Valenciana**, representada y defendida por la **Abogada de sus Servicios Jurídicos**, contra el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 2014, que desestimó el recurso de reposición deducido contra el Auto de 23 de julio de 2014. Ambas resoluciones acordaron la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 4 de marzo de 2014 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante que denegó la continuidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo y declaró la jubilación forzosa de don Casiano en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000154/2014.

Siendo parte recurrida don Casiano, representado por el Procurador **don Jorge Castello Navarro**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Casiano, funcionario de carrera adscrito a las Instituciones Sanitarias, con prestación de servicios en el puesto de Coordinador del Centro de Salud Pública de Alicante obtuvo autorización para prolongar su permanencia en el servicio activo una vez cumplidos sesenta y cinco años de edad (hecho acaecido el 4 de marzo de 2013), en virtud de la resolución de 8 de febrero de 2013 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante, con efectos de 5 de marzo de 2013, y revisable anualmente.

El Sr. Casiano solicitó el 3 de diciembre de 2013 prolongar su permanencia en el servicio activo.

La resolución de 4 de marzo de 2014 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante denegó la continuidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo solicitada por aquél y declaró su jubilación forzosa con fecha de efecto el día 5 de marzo de 2014.

El Sr. Casiano interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución. En el escrito de interposición solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de misma de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LRJCA). Alegaba en aras a determinar la existencia del "fumus boni iuris" las circunstancias relativas a la aplicabilidad del artículo 63.3 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana; la falta de motivación de la resolución impugnada, y perjuicios irreparables derivados de su ejecución, como era la imposibilidad material de seguir ejerciendo su profesión para la sanidad pública.

Turnado el recurso a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y conferido previo traslado a la Abogada de la Generalidad Valenciana, por auto de veintitrés de julio de dos mil catorce la Sala de Valencia acordó la suspensión de la resolución de

4 de marzo de 2014 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante impugnada en base a los siguientes razonamientos:

«(...) **SEGUNDO.**- (...)

En el presente supuesto, entiende la Sala oportuna la adopción de la medida toda vez que hallándonos ante un funcionario público adscrito a las instituciones sanitarias, y ponderando los intereses tanto propios como ajenos presentes en el debate cautelar, los precedentes traídos a colación por la administración no pueden sino cotejarse con las recientes sentencias de esta misma Sala y Sección que afectaron tanto al Acuerdo de 7 de junio de 2013, del Consell, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad como a la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad. Tales antecedentes jurisdiccionales, permiten en fin, la adopción de la medida pretendida, pues con relación a la apariencia de buen derecho "La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio no hace referencia explícita a este requisito, pero el mismo debe entenderse implícitamente recogido en el artículo 130.1, cuando se refiere a la garantía de efectividad de la finalidad legítima al recurso como presupuesto de las medidas cautelares. Por otra parte, la presencia de este requisito aparece indirectamente reconocido en los artículos 132.2 (que, descarta la modificación de las medidas cautelares por el avance en el conocimiento de la cuestión, pero no el examen inicial de la apariencia de buen derecho) y, en un caso particular, en el artículo 136.1 (que anuda a la evidencia de que no concurren los presupuestos de inactividad o vía de hecho la improcedencia de la medida cautelar prevista para estos supuestos). En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar. Mientras el ejercicio de la acción no está sujeto a restricción alguna, por imperativo del art. 24 de la Constitución, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, prima facie o en apariencia, de su fundamento. Sin embargo, en el juicio conjunto sobre la concurrencia de los requisitos exigibles para adoptar la medida cautelar, la apariencia de buen derecho puede operar también en sentido habilitante de la procedencia de la medida solicitada. Cuando el recurso tiene evidentes posibilidades de prosperar disminuye, en consecuencia, la gravedad de los perjuicios inherentes a la ejecución del acto exigibles para acordar medidas encaminadas a garantizar la efectividad de la sentencia" (por todas, Tribunal Supremo Sala 3ª; sec. 3ª, S 14-5-2008, rec. 3562/2007, Pte: Bandrés Sánchez- Cruzat, José Manuel).

TERCERO.- *Nótese en fin que, frente a lo alegado por la administración, no ha de obstar a lo concluido el que "la resolución recurrida ya haya sido ejecutada", pues nada impide atendiendo al "tracto" natural de la misma, su suspensión, con la provisional reincorporación al servicio activo del solicitante, en tanto no recaiga sentencia definitiva en el proceso»*

Notificado el auto precedente, la Abogada de la Generalitat Valenciana dedujo frente a él recurso de reposición, que resultó desestimado por otro auto de la Sala de Valencia de veintiséis de septiembre de dos mil catorce .

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

TERCERO.- La Abogada de la Generalitat Valenciana presentó el 5 de diciembre de 2014 escrito de interposición del recurso de casación en el que, después de formular el motivo en que lo apoyaba, terminó suplicando a la Sala que dictara sentencia revocando el auto impugnado y denegando la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- Comparecida la recurrida, por providencia de 3 de febrero de 2015 se admitió el recurso de casación y se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Concedido el oportuno traslado, el Procurador don Jorge Castello Navarro presentó el 24 de febrero de 2015 escrito de oposición al recurso de casación, en el que tras alegar cuanto estimó oportuno suplicó a la Sala que dictara sentencia: «(...) desestimando el presente recurso de casación, confirmando el auto del TSJCV, con imposición de costas a la Administración recurrente».

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 12 de noviembre de 2015 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día dos de marzo de dos mil dieciséis, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

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

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en casación el auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de veintiséis de septiembre de dos mil catorce . Desestimó el recurso de reposición deducido por la Abogada de la Generalidad Valenciana contra el auto de veintitrés de julio de ese mismo año, que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000154/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 4 de marzo de 2014 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante recurrida en el proceso de instancia Se fundó dicho Auto en la anulación por dos sentencias de la Sala de Valencia de 21 de julio de 2014 (recaídas en los recursos 234 y 233 de 2013), del Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana número 7042 de 10 de junio de 2013 en la parte relativa a la jubilación del personal estatutario, y de la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2013.

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

Aduce que el auto recurrido incurre en un evidente error al fundamentar y justificar la suspensión, porque no tiene en cuenta que las sentencias que invoca a tal fin no son firmes al encontrarse recurridas en casación y que anulan única y exclusivamente por motivos formales la Orden 2/2013 y los apartados III; IV y V del Anexo II del Plan de Ordenación de Recursos Humanos relativos a la jubilación, que sigue en vigor en todo lo demás. Explica que sí existe, por tanto, un Plan que establece la gestión y ordenación de los recursos sanitarios, y que justifica la denegación por parte de la Administración de la prolongación del servicio activo.

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

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

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

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

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

TERCERO.- Planteado el debate en los términos que resultan de los precedentes fundamentos la cuestión controvertida en el actual recurso de casación guarda identidad con la resuelta por esta Sala en las sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2014 (casación 123/2014 y 31/2014); 25 de marzo de 2015 (casación 1586/2014); 18 de diciembre de 2015 (casación 3233/2014) y 19 de enero de 2016 (casación 3097/2014).

En consecuencia, razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes al principio de seguridad jurídica y al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley (artículos 9.3 y 14 de la



Constitución), imponen reiterar, como se hará a continuación, los razonamientos y la decisión de nuestras sentencias citadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación número 3515/2014, interpuesto por **LA Generalitat Valenciana** , representada y defendida por la Abogada de sus Servicios Jurídicos, contra



el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 2014 , que desestimó el recurso de reposición deducido contra el Auto de 23 de julio de 2014 , que en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 2/000154/2014, acordó la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 4 de marzo de 2014 del Director del Centro de Salud Pública de Alicante, con expresa condena a la recurrente en el abono de las costas procesales, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ