



Roj: **STS 570/2016 - ECLI:ES:TS:2016:570**

Id Cendoj: **28079130072016100061**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **16/02/2016**

Nº de Recurso: **286/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4754/2014,**
STS 570/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 286/15 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Julián Caballero Aguado en nombre y representación de D. Plácido contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos, en el recurso núm. 11/2014 , seguido a instancias de D. Plácido contra la Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 30 de octubre de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición presentado contra la resolución de 4 de marzo de 2013 del Gerente de Atención Primaria y especializada de Soria, por la que se acuerda la baja en el servicio activo y la jubilación del recurrente con efectos de 31-3-2013. Ha sido parte recurrida la Comunidad Autónoma de Castilla y León representada por el Letrado de dicha Comunidad Autónoma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 11/2014 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, se dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2014 , que acuerda: "Desestimamos el recurso contencioso administrativo número 11/2014 interpuesto por D. Plácido representado por el Procurador Sr. Jalón Pereda contra la resolución identificada en los antecedentes de esta resolución. Todo ello sin hacer expresa declaración en materia de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Plácido se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 20 de febrero de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- El Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por escrito de 29 de junio de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 12 de noviembre de 2015 se señaló para votación y fallo para el 10 de febrero de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. Plácido interpone recurso de casación **286/2015** contra la sentencia desestimatoria de fecha 9 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos, en el recurso núm. 11/2014, deducido por aquel contra la Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 30 de octubre de 2013 por la que desestima el recurso de reposición presentado contra la resolución de 4 de marzo de 2013 del Gerente de Atención Primaria y especializada de Soria, por la que se acuerda la baja en el servicio activo y la jubilación del recurrente con efectos de 31-3-2013.

La sentencia en su PRIMER fundamento identifica (completa en Cendoj **Roj:** STSJ CL 4754/2014 - **ECLI:** ES:TSJCL:2014:4754 el acto impugnado así como lo esencial de la argumentación del recurrente.

Dedica el SEGUNDO a precisar la situación del recurrente respecto de la que destaca que al cumplir los 65 años fue estimada su pretensión de prórroga en el servicio activo, si bien le fue comunicado en la resolución impugnada que finalizaba en razón del Plan ordenación de recursos humanos aprobado por ORDEN SAN 119/2012, de 27 de diciembre.

En el TERCERO recoge la doctrina del Tribunal Supremo (7 de febrero de 2014, 24 de enero de 2014, etc.) sobre la existencia o no de un derecho a la prolongación en el servicio activo tras alcanzar la edad de jubilación en razón del art. 26.2 Ley 55/2003 y las necesidades del servicio en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.

En el CUARTO concluye que para dejar sin efecto la prolongación de la permanencia en el servicio activo que tenía concedida el actor no era necesario seguir los tramites previstos en los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992.

En el QUINTO rechaza la falta de motivación. Señala que las resoluciones indicaban, que se ponía fin a la situación de prolongación en el servicio activo ya que no era necesaria su continuidad de acuerdo con los criterios y necesidades del Plan de Ordenación de Recursos Humanos aprobado, plan que le era aplicable por mor de lo previsto en su apartado 7. La motivación fue ampliada al resolver el recurso de reposición indicando que "...según el informe emitido por el Gerente del Centro o Institución sanitaria donde presta sus servicios, y su valoración por la Comisión Central, aun cuando resulta acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, no se encuentra en ninguno de los dos supuestos de excepción que motivarían la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, pues no se evidencia carencia de personal sustituto en la especialidad en la que presta servicio ni se considera que exista relevancia de las técnicas sanitarias que realiza el solicitante o relevancia de proyectos de investigación que se encuentren en fase de desarrollo y que estén liderados por el mismo, y que justifiquen su permanencia en el servicio activo....".

Razona que la resolución del recurso de reposición ha subsanado cualquier deficiencia que pudiera albergar la resolución inicial que en todo caso contiene una motivación suficiente por remisión a las previsiones del Plan para dar a conocer al actor los motivos de la finalización de la prórroga que tenía concedida que se apoya en el informe propuesta obrante en el expediente administrativo (folio 11) emitido por la Comisión Central prevista en el apartado 5.4.2. del Plan.

Valora que el actor ha conocido la razón de ser de la decisión adoptada y no ha acreditado que no son ciertas las circunstancias en que la Administración ha apoyado su decisión de poner fin a su situación de prolongación de la permanencia en el servicio activo.

En el SEXTO refuta que los actos vulneren el art. 9.3. CE mientras en el SÉPTIMO desestima la impugnación indirecta de la Orden 1119/2012 con apoyo en las Sentencias de 24 de febrero y 20 de enero de 2014, recursos de casación 2391/2012 y 2904/2012.

Luego en el OCTAVO rechaza la impugnación de la ORDEN 1119/2012 tras prolijas argumentaciones que concluyen que la Sala de Valladolid rechazó la impugnación directa de dicha Orden en Sentencia de 21 de octubre de 2014, en base a criterios también acogidos por la Sala de Burgos.

SEGUNDO.- 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA alega vulneración del art. 54 LRJAPAC y del art. 67.3 EBEP.

Sostiene que la resolución recurrida en la instancia no está motivada, lo que no puede suplirse por la remisión al expediente, por cuanto no fue puesto a disposición del recurrente hasta la fase del proceso judicial, sin que se desprenda la existencia de informes que avalen la medida adoptada.

1.1. Muestra su oposición el letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.



Aduce que prueba del conocimiento de los motivos en que se apoyó la Administración fue que en el recurso de reposición, manifestó que "El acuerdo de jubilación forzosa que ahora se impugna, se entiende dictado al amparo de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre " y posteriormente se dedicó a exponer las razones de su desacuerdo con dicha motivación, lo que evidencia que la conocía.

Añade que la prueba testifical practicada vino a confirmar lo que se desprende del recurso de reposición, esto es, que el recurrente tenía sobrado conocimiento de la motivación de la Administración.

2. Un segundo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA sostiene vulneración del art. 9.3 CE y del art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre .

Rechaza se aplique de forma retroactiva una normativa perjudicial para el interesado, desconociendo que el reconocimiento del derecho a la prolongación en el servicio activo en el año 2009 era un derecho consolidado que debe ser protegido de la veda de la retroactividad establecida en el art. 9.3 de la CE .

2.1. Tampoco lo acepta el letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

En apoyo de su argumentación esgrime la doctrina de esta Sala plasmada en Sentencias de 14 de mayo de 2015 , 19 de mayo de 2014 sobre la inexistencia de un derecho incondicionado de prórroga del servicio activo hasta los 70 años.

3. Un tercero al amparo del art. 88. 1. c) LJCA invoca vulneración de los arts. 70 LJCA , 209 y 218 LEC y 24 CE .

Alega que la sentencia no se pronuncia sobre la ausencia en la resolución originaria impugnada de los elementos imprescindibles para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, incumpliendo el mandato de exhaustividad que se impone a las resoluciones judiciales y produciendo indefensión.

Sostiene que esta causa de indefensión sigue subsistiendo en la actualidad, pero la ausencia de los elementos más básicos del acto administrativo ha provocado otra situación de desamparo. Aduce que la resolución inicialmente recurrida tampoco daba a conocer cual era el órgano que había determinado la finalización de la relación funcional, resultando, además, que esa finalización proviene de una autoridad que carecía de competencia para ello, lo que transforma ambas resoluciones en nulas de pleno derecho, por aplicación de lo preceptuado por el artículo 62 Ley 30/1992 de 256 de noviembre, reguladora del Régimen General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se apoya en la STSJ C-L. Valladolid de 19 de diciembre de 2014 .

3.1. Lo refuta prolijamente el letrado de la Comunidad de Castilla y León.

Subraya que en ningún lugar del escrito de demanda fue cuestionada la competencia del órgano resolutorio.

4. Un cuarto al amparo del art. 88 1 d) LJCA aduce vulneración del art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre , y art. 52.2 de la Ley autonómica del personal estatutario.

Arguye que para dejar sin efecto las prolongaciones en el servicio activo es menester que dejen de concurrir las circunstancias que resultaron determinantes para el reconocimiento de dicha prolongación.

Añade que la sentencia contraviene el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, así como la normativa europea sobre el retraso en la edad de jubilación, resultando evidente la discriminación de quienes tienen una edad en beneficio de otros que no la han alcanzado, no conteniendo la resolución recurrida en la instancia aspectos diferentes que permitieran consideraciones de otra índole. Invoca la Sentencia de 23 de enero de 2013 .

4.1. Lo rechaza el letrado de la Comunidad de Castilla y León con amplia cita de la Sentencia de 23 de mayo de 2013 .

TERCERO.- Vamos a invertir el orden de los motivos a fin de despejar aquellos que resultan claramente inadmisibles.

Para enjuiciar el tercer motivo procede recordar que el recurso de casación es la herramienta prevista por nuestro ordenamiento procesal para la revisión de los criterios interpretativos utilizados por órganos jurisdiccional inferiores en grado.

Se trata de lograr por tal medio una función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación del derecho efectuado por las Salas de instancia a fin de obtener la unidad del ordenamiento jurídico.

Por tal razón insiste nuestra jurisprudencia en que no es factible en sede casacional subsanar omisiones acontecidas en instancia introduciendo cuestiones nuevas (Sentencias de 7 de marzo de 2011, recurso de casación 3097/2009 , 24 de junio de 2014, recurso casación 2758/2013).



Al hilo de una pretendida falta de exhaustividad, con amplia reproducción de sendas Sentencias del TSJ de Castilla y León, posteriores a la aquí impugnada, introduce una cuestión nueva no suscitada ni en el escrito de demanda ni en el suplico de ésta.

Por ello en modo alguno puede pronunciarse este Tribunal sobre la falta o no de competencia del órgano que dictó la resolución ya que tal aspecto no fue cuestionado en la instancia.

Se inadmite el tercer motivo.

CUARTO.- Procede ahora recordar lo dicho en la Sentencia de 22 de julio de 2014, recurso de casación 1170/2013 , FJ Cuarto.

La respuesta a la cuestión planteada en el motivo está resuelta por la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que se contiene en la Sentencia de 8 de enero de 2013 (recurso de casación 207/2012) así como en las sentencias de 15 de febrero o de 9 de marzo de 2012 (recursos de casación 2119/2012 y 1247/2011), a la que la sentencia citada se remite.

Es obligado trasladar aquí dicha doctrina, para dar lugar a este motivo de casación. Lo haremos sintetizando la doctrina jurisprudencial en tres puntos, que aquí interesan, para su mejor comprensión:

1º) El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, «*en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*». Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984 , modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 , que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de *derecho debilitado* , derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

2º) El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece, como ya se ha dicho, una mera facultad del personal estatutario para solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo 70 años, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrente, el Servicio de Salud correspondiente, "*en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*". El legislador establece la posibilidad de que el interesado solicite su permanencia en el servicio activo con el límite máximo de 70 años pero no impone a la Administración la correlativa obligación de autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado alcance los 70 años, sino de autorizar esa permanencia en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación. Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el periodo de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

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

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



Criterio reiterado en las posteriores Sentencias de 14 de mayo 2015, recurso de casación 2702/2013 , 21 de julio de 2015, recurso de casación 2062/2014 .

QUINTO.- En la antedicha Sentencia de 21 de julio de 2015 se recalcó que la actual doctrina de esta Sala ha establecido que no existe un derecho a la prórroga hasta los 70 años.

Sobre dicha cuestión también se pronunció el Tribunal Constitucional en el ATC 85/2013, de 23 de abril . Inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad respecto una ley autonómica con una regulación similar a la desarrollada en Castilla y León.

Los razonamientos antedichos los asume la sentencia impugnada por lo que no ha vulnerado la interpretación de los preceptos esgrimidos en el segundo motivo y norma estatal del cuarto.

Tampoco la Sala de instancia ha conculcado la doctrina sobre la motivación, la ejecutividad de los actos administrativos, sus efectos, y la revisión de actos nulos y de anulables. Acepta, que, con arreglo al PORH aprobado por Orden SAN 1119/2012, de 27 de diciembre , se explicitaron las razones por las que no era pertinente la prolongación de la permanencia en el servicio activo. Adiciona que la Sala de Valladolid del TSJ por Auto de 18 de marzo de 2013 ha denegado la suspensión cautelar de la Orden que aprueba el PORH al estimar que dicha Orden encuentra su cobertura en el Decreto Ley 2/2012, de 25 octubre, así como que en Sentencia de 21 de octubre de 2014 la Sala de Valladolid desestimó la impugnación de la Orden SAN 1119/2012 .

El recurrente combate el acto inicial, lo que no cabe en casación ya que deben atacarse los razonamientos de la sentencia objeto de recurso de casación (Sentencia de 23 de mayo de 2012, rec. casación 4206/2009 y las allí citadas) que aquí expone los argumentos por los que reputa no solo motivado el acto administrativo sino que tal motivación ha sido conocida por el recurrente que no ha acreditado no fueran ciertas las circunstancias en que la administración ha apoyado su discusión.

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

Mas aquí la modificación no opera solo como consecuente de un instrumento de ordenación de recursos, un Plan, sino como consecuencia de una disposición legal autonómica, el Decreto Ley 2/2012, Disposición Transitoria Primera , pareja a la examinada en el ATC 85/2013, de 23 de abril , cuyo resultado explicita ampliamente la Sala de instancia.

No prosperan los motivos primero, segundo y cuarto.

SEXTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 3000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación de D. Plácido contra la sentencia desestimatoria de fecha 9 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos, en el recurso núm. 11/2014 , deducido por aquel contra la Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 30 de octubre de 2013 por la que desestima el recurso de reposición presentado contra la resolución de 4 de marzo de 2013 del Gerente de Atención Primaria y especializada de Soria, por la que se acuerda la baja en el servicio activo y la jubilación del recurrente con efectos de 31-3-2013.

En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de



la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ