

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 MERIDA

SENTENCIA: 00122/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

Equipo/usuario: PFM

N.I.G: 10037 33 3 2016 0000619

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000069 /2017PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000422 /2016

Sobre: OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

De D/Dª: CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS, SINDICATO MEDICO DE EXTREMADURA C

Abogado: ,

Procurador D./Dª: CARLOS MURILLO JIMENEZ, CARLOS MURILLO JIMENEZ

Contra D./Dª: SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD (SES), MARIA CAMPOS RODRIGUEZ , SINDICATO DE ENFERMERÍA -SATSE-

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, ,

Procurador D./Dª , LUIS FELIPE MENA VELASCO , JUAN CARLOS BUSTILLO BUSALACCHI

SENTENCIA n° 22/2018

En MERIDA, a cinco de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, PEDRO FERNÁNDEZ MORA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Mérida, los presentes autos de **Procedimiento Ordinario** que, con el **número 69/2017**, se han seguido ante el mismo, y al que se acumuló el Procedimiento Ordinario n° 68/2017, en el que han sido partes, como Recurrentes, la **CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F)**, y el **SINDICATO MÉDICO DE EXTREMADURA (SIMEX)**, representados por el Procurador Don Carlos Murillo Jiménez y asistidos por el Letrado Don Francisco Javier Balsera mora, y como Demandado el **SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD (SES)**, asistido por sus Servicios Jurídicos, habiéndose también personado como interesados **DOÑA MARÍA CAMPOS RODRÍGUEZ**, representada por el Procurador Don Luis Mena Velasco y asistida por el Letrado Don Luis Márquez Pérez, y el **SINDICATO DE ENFERMERÍA -SATSE-**, representado por el Procurador Don Juan Carlos Bustillo Busalacchi y asistido por el Letrado Don Santiago Algaba de la Maya; versando el presente procedimiento sobre **otras cuestiones de personal**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador Sr. Murillo Jiménez, obrando en la representación ya indicada, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 16 de agosto de 2016 de la Dirección Gerencia del SES, por la que se levanta la suspensión de la Resolución de 7 de abril de dicha Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo, así como se modifica su epígrafe 6.2 referente al procedimiento de jubilación y prolongación en el servicio activo. Igualmente, al acumularse el PO 68/2017 el objeto del procedimiento acogió igualmente la Resolución de 4 de noviembre de 2016 del Director Gerente del SES por la que se desestima el recurso de reposición deducido frente a la Resolución de 16 de agosto de 2016 ya mencionada.

SEGUNDO: Seguido que fue el recurso por sus trámites, se recabó y entregó el expediente administrativo a los recurrentes para que formularan demanda, lo que evacuaron en tiempo y forma, invocando los hechos y fundamentos de Derecho que estimaron de aplicación, para terminar interesando los siguientes extremos:

1.- CSI-F, interesó el dictado de sentencia en la que, estimando en todas sus partes el recurso formulado, se acuerde declarar contraria a derecho y anule la Resolución de fecha 16 de agosto de 2016 de la Dirección Gerencia (DOE 165, de 26 de agosto de 2016), por la que se alzó la suspensión de la Resolución de 7 de abril de 2015 de la Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo, y se modificó la edad máxima de prolongación del servicio activo, y, en su lugar, se condene a la Administración demandada al mantenimiento de la edad máxima de 70 años para la prolongación del servicio activo, todo ello con los correspondientes pronunciamientos inherentes, incluida la expresa imposición de costas a la Administración demandada.

2.- SIMEX interesó que se dictara sentencia por la que estimando la pretensión deducida:

.- Primero: Declare no ajustada a derecho, anule y deje sin efecto:

.-. Frente a la Resolución de 4 de noviembre de 2016 del Director Gerente del SES por la que se desestima el recurso de reposición deducido frente a la Resolución de 16 de agosto de 2016 de la Dirección Gerencia, por la que se levanta la suspensión de la Resolución de 7 de abril de 2015 de la Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo.

.-. Y ex art. 26.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional, frente a la Resolución de 16 de agosto de 2016 de la Dirección Gerencia, por la que se levanta la suspensión de la Resolución de 7 de abril de 2015 de la Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo, y más específicamente, a su art. 6.2 sobre Jubilación y Procedimiento de prolongación en el servicio activo, por vulneración del principio de reserva de ley y concurrencia de defecto procesal insubsanable.

.-. En su consecuencia y en todo caso, se ordene expresamente el restablecimiento de la situación jurídica individualizada de todos aquellos funcionarios, personal estatutario y laboral que hayan sido objeto de jubilación en aplicación del artículo anulado, consistente en el reconocimiento de su derecho al reingreso en el puesto que ocupaban con anterioridad al acuerdo extintivo de la prestación de servicios por jubilación, manteniendo la vigencia de su nombramiento, con los efectos de reconocimiento en su hoja de servicios como de trabajo efectivo de todo el tiempo durante el que se hayan encontrado cesados hasta su reincorporación e igualmente con el abono de las retribuciones dejadas de percibir por el mismo período y el ingreso de las cotizaciones sociales.

.- Segundo: Condene al SES a estar y pasar por esas declaraciones y a las costas del procedimiento.

TERCERO: Conferido traslado de la demanda a la Administración demandada e igualmente a las partes que comparecieron voluntariamente, tanto el SES como el Sindicato de Enfermería SATSE procedieron a contestar la demanda oponiéndose a la misma sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, y que damos en este punto por reproducidos. La representación de la Sra. Campos Rodríguez no efectuó alegaciones al señalar que su comparecencia en el procedimiento lo es al amparo de los artículos 48 y 49 de la LJCA.

CUARTO: Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron las pertinentes, con el resultado que obra en autos, dándose traslado a las partes para conclusiones, y evacuado que fue dicho trámite, se declararon los presentes autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente procedimiento se viene a recurrir, tras la acumulación verificada, la Resolución de 16 de agosto

de 2016 de la Dirección Gerencia del SES, por la que se levanta la suspensión de la Resolución de 7 de abril de dicha Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo, así como se modifica su epígrafe 6.2 referente al procedimiento de jubilación y prolongación en el servicio activo, e igualmente la Resolución de 4 de noviembre de 2016 del Director Gerente del SES por la que se desestima el recurso de reposición deducido frente a la Resolución de 16 de agosto de 2016 ya mencionada.

La demanda entablada por CSI-F se basa, esencialmente, en los siguientes hechos:

1.- En el DOE 87, de 8 de mayo de 2015, fue publicada la Resolución de 7 de abril de 2015 de la Dirección Gerencia del SES por la que se aprobó el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo.

En el punto 4.2.8 de capítulo 4 de dicho Plan, se establecía que la jubilación forzosa se declararía al cumplirse los 65 años, si bien el interesado podría solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en el servicio hasta cumplir como máximo los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

A consecuencia de ello, la línea 11 del Plan, relativa a la jubilación de los profesionales, justifica la prolongación del servicio activo más allá de la edad ordinaria de jubilación en base, por un lado en "la integración de los valores de experiencia, conocimientos y bagaje profesional que aportan los empleados públicos que se acercan a la edad de jubilación con los valores de flexibilidad, iniciativa e innovación, más propios de quienes inician su andadura en el ámbito de la sanidad pública" y, por otro lado, en "las dificultades de relevo en algunas especialidades muy concretas y, si se apura aún más, con distinto grado en función del Área de Salud; ya que es obvio que el ámbito territorial, máxime en una Comunidad Autónoma tan extensa como Extremadura, determina el nivel de cobertura en algunos centros hospitalarios o zonas de salud de la red sanitaria. Es en estos supuestos, pero sólo en ellos y siempre justificada y razonadamente, en los que podría ser necesario aplicar la excepción a la medida permitiendo la prolongación en el servicio activo en las condiciones que más adelante se concretan".

El apartado 6.2 de las medidas de aplicación directa establece el procedimiento de aplicación a todo el personal que solicitase acogerse a la posibilidad de permanencia en el servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, como máximo hasta los 70 años de edad.

2.- En el DOE nº 167, de 6 de agosto de 2015, se publicó la Resolución de 6 de agosto de 2015 de la Dirección Gerencia por la que se suspendía la Resolución de 7 de abril mencionada. Se justificaba dicha suspensión, en que la misma respondía a que contenía una medida de aplicación directa, la relativa a la jubilación y prolongación en el servicio activo de los profesionales, que conllevaba un efecto que se entendió no era favorable ni para los profesionales sanitarios ni para la Administración. Para los primeros, porque con los últimos cambios normativos, la edad de jubilación forzosa fijada hasta esa fecha en 65 años, pasará paulatinamente hasta los 67 años. Y para la Administración porque, en la práctica, en casi ninguna especialidad o categoría se puede prolongar la edad de jubilación del personal, puesto que en casi todas las categorías se cuenta con personal temporal para cubrir la vacante que deje el profesional que acceda a la jubilación.

3.- Con fecha 26 de agosto de 2016 se publicó en el DOE nº 165, la Resolución de 16 de agosto de la Dirección Gerencia por la que se levantaba la suspensión de la Resolución de 7 de abril de 2015 referida.

Sorprendentemente, el alzamiento de la suspensión de la citada Resolución, conllevó como añadido la modificación del apartado 6.2 del Plan, en el sentido de limitar la prolongación del servicio activo a los 67 años.

Como fundamento del alzamiento de la suspensión y de la citada modificación de la edad límite de jubilación, se indica que "hay que añadir que, una proyección a futuro, demuestra que hay determinadas categorías o especialidades en las que la cobertura de las plazas que queden vacantes por jubilación de sus propietarios va a ser muy difícil, bien por escasez de profesionales de la misma categoría o especialidad, o por las circunstancias coyunturales de formación o experiencia que reúna esa plaza, servicio o unidad en sí. Esta posibilidad requiere que la Administración, garante de un servicio público tan esencial como la sanidad, pueda dotarse de un instrumento que, junto con otras medidas oportunas de gestión, le habilite un ámbito temporal para poder afrontar adecuadamente la cobertura de las necesidades asistenciales. Esto hay que conjugarlo con la expectativa que las nuevas generaciones de profesionales formados tienen de trabajar en nuestro servicio de salud y que no pueden verse mermadas únicamente por la voluntariedad de seguir en activo de profesionales que reúnen ya la edad legal de jubilación forzosa. Por esta razón, se rebaja la posibilidad de prolongar hasta los 70 años que contemplaba la redacción anterior del Plan a los 67 años, por entender que ese período de tiempo entre la edad legal de jubilación del profesional y los 67 años tiene que ser suficiente para que la Administración pueda generar los mecanismos necesarios que le permitan afrontar la cobertura de

la plaza y, únicamente, para aquellos casos en que de forma motivada se justifique que existen necesidades asistenciales se autorizará la prolongación en el servicio activo”.

Tal modificación de acuerdo con lo expuesto en la Resolución impugnada, se acordó por la Dirección Gerencia una vez negociado en la Mesa Sectorial de Sanidad, si bien no se consultó a la Comisión de Seguimiento que constituía el propio Plan.

Sobre tales bases, el CSI-F aduce como fundamento de sus pretensiones la nulidad por falta de competencia del órgano que dicta el acto administrativo (competencia pues del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura y no de la Dirección Gerencia del SES; aduce también vulneración del principio de jerarquía normativa (requiriendo norma y no un acto administrativo); vulneración del artículo 85 de la Ley 13/2015 de Función Pública de Extremadura al no ser aplicable al personal que no tenga la condición de estatutario y especialmente por no ser aplicable al personal que ostente la condición de Funcionarios del Estado; vulneración del procedimiento legalmente establecido por falta de consulta a la 'Comisión de Seguimiento'; vulneración del artículo 43 CE y artículo 12 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; vulneración de derechos básicos adquiridos por el personal del SES; y conflicto competencia.

El SIMEX viene a aludir en su demanda esencialmente a los mismos hechos fundamentando sus pretensiones en la vulneración del principio de reserva de ley (esencialmente al igual que CSI-F se hace referencia a la falta de competencia del Director Gerente del SES); vulneración del principio de jerarquía normativa; aludiendo también a que no se prevé motivación para la denegación de la prolongación en el servicio activo.

Vamos a ir resolviendo las cuestiones planteadas a las que se opone el SES y SATSE, que quedarían en realidad circunscritas al levantamiento de la suspensión acordada previamente que realiza la resolución recurrida, y a la modificación que verifica ésta última en cuanto a la prolongación del servicio que es en sí la cuestión base del procedimiento.

No obstante, y con carácter previo, cabe señalar que en cuanto a la acreditación de los sindicatos actuantes de los requisitos formales para entablar las demandas se estiman cumplimentados en base a la documentación aportada y que fue admitida por este Juzgado, por lo que no procede la inadmisibilidad de los recursos.

Sí cabe estimar la inadmisibilidad de la pretensión final del SIMEX en cuanto al restablecimiento de la situación jurídica

individualizada de todo el personal que haya sido objeto de jubilación en aplicación del artículo 6 controvertido, por cuanto resto de ello sí se estima que dicho sindicato carece de legitimación dado que cada uno de los afectados en su caso por la anulación del plan serán libres, si así lo consideran oportuno, de ejercitar las acciones individuales correspondientes. Esto es, puede existir personas conformes y otras que no con la situación producida y habrán de ser éstas últimas las que en su caso planteen, caso de que se produjera la estimación de la demanda, la oportuna reclamación.

SEGUNDO: Pues bien, entrando en el fondo del asunto, cabe aludir en primer término a la alegada falta de competencia del órgano que dicta la resolución impugnada, en relación con lo cual ha de mencionarse la vulneración del principio de jerarquía normativa y del principio de legalidad.

Pues bien, ciertamente, como indica el SES en su contestación a la demanda, llama la atención que los demandantes consideren incompetente a la Dirección Gerencia del SES en cuanto a la resolución recurrida se refiere, pero no cuando vino a aprobar el Plan anterior que quedó en suspenso.

En este extremo, se coincide con el informe aportado de la Secretaria General del SES en cuanto a que la jubilación del personal estatutario no se regula en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, sino en el artículo 67 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en el artículo 26 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud aprobado mediante Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Y así, el artículo 76 RDL 5/2015 señala: "1.- La jubilación de los funcionarios podrá ser: (...) b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida (...).

3.- La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.

De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación.

4. Con independencia de la edad legal de jubilación forzosa establecida en el apartado 3, la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de

jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad”.

Y el artículo 26 Ley 55/2003 indica: “2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años.

No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá 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.

3. Procederá la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación.

Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento”.

Por tanto, como la jubilación, la prolongación de permanencia en el servicio activo se regula mediante ley, mas la ley establece como hemos visto que será el servicio de salud correspondiente quien autorice la prolongación en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos que corresponde elaborar y aprobar a los indicados servicios de salud.

Y en nuestro caso, el Decreto 221/2008 de 24 de octubre por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Servicio Extremeño de Salud, en su artículo 4.1) atribuye competencia al Director Gerente del SES para “aprobar los instrumentos de ordenación del personal del Servicio Extremeño de Salud, así como gestionar el régimen retributivo del mismo de acuerdo con lo previsto en la Ley”. Y en tal sentido se establece el procedimiento de prolongación en el servicio activo para su personal.

Si al articulado antes mencionado unimos el artículo 13 del Estatuto Marco, conforme al cual: “1. Los planes de ordenación de recursos humanos constituyen el instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud o en el ámbito que en los mismos se precise. Especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos. Asimismo, podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha

estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional.

2. Los planes de ordenación de recursos humanos se aprobarán y publicarán o, en su caso, se notificarán, en la forma en que en cada servicio de salud se determine. Serán previamente objeto de negociación en las mesas correspondientes", se estima que sí compete al Director Gerente del SES (al igual que en el 2015) articular las necesidades de personal lo que conlleva la regulación de la prolongación en el servicio. Además, no se estima que nos encontremos ante una política global de personal sino ante una planificación sectorial de recursos (humanos) en función de los análisis pertinentes de efectivos disponibles. Por ello, no se estima que se carezca de competencia ni que se vulnere el principio de jerarquía normativa o de legalidad.

En relación con lo anterior, y en cuanto a la vulneración del artículo 85 de la Ley 13/2015 que aduce SIMEX, hemos de tener presente la disposición adicional 12ª de dicha ley conforme a la cual: "Conforme a lo previsto en el artículo 2.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el personal funcionario sanitario que preste servicios en los centros e instituciones sanitarias del Servicio Extremeño de Salud se regirá por lo previsto en la normativa con rango legal sectorial aplicable al personal estatutario, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación".

El referido artículo 2.3 de la Ley 55/2003 señala: "Lo previsto en esta ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma".

Tal circunstancia es la que se produce a tenor de la normativa estatal vigente.

En lo referido a la suspensión del Plan de Ordenación, hemos de indicar que dicha suspensión se decretó por Resolución de 6 de agosto de 2015 (DOE nº 167, de 28 de agosto) que no fue impugnada y en la cual se argumentaban los motivos para ello, deviniendo por ello firme.

En lo referido a la Comisión de Seguimiento o no estudio por la misma como también se aduce en demanda del CSI-F, se ha de

tener en cuenta que el capítulo 8 del Plan de Ordenación indica: "A efectos de realizar un seguimiento de la ejecución del presente Plan de Ordenación, así como de la puesta en marcha de las medidas que deriven de las líneas de actuación contenidas en el mismo, en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad se constituirá una Comisión para el seguimiento del mismo con representantes de la Administración y de las organizaciones sindicales presentes en la referida Mesa". Y es precisamente en la Mesa Sectorial de Sanidad donde se trató el levantamiento de la suspensión y la modificación de la prolongación del servicio, y donde se encontraban los representantes de las organizaciones sindicales por lo que es evidente que vino a tratarse la cuestión no ante una Comisión de Seguimiento, sino en la propia Mesa Sectorial de Sanidad, siendo ello acorde pues a derecho.

En cuanto a las alegaciones acerca de vulneración del artículo 43 de la CE y 12 de la Ley 55/2003, se considera a la vista del contenido del Plan que no media arbitrariedad de la Administración demandada constando un análisis de los efectivos de personal en relación con cargas asistenciales, etc., entrando lo resuelto dentro de la potestad autoorganizativa de la propia administración.

Tampoco se estima que haya vulneración de derechos adquiridos ni del principio de confianza legítima, dado que la legislación alude a la prórroga hasta los 70 años como máximo, permitiendo pues una fijación inferior, no existiendo en tal medida un derecho adquirido a la prolongación del servicio hasta dicho máximo, dándose además la circunstancia de que anteriormente medió una suspensión de la aplicación, y que se argumentan los motivos por los que se modifica la prolongación (nos remitimos en este punto al texto en sí de la resolución recurrida y a la anterior que las partes exponen en sus escritos y que no se vuelve a reiterar en este punto en aras de brevedad).

En cuanto al conflicto competencial tampoco cabe su admisión sobre la base de lo ya argumentado anteriormente al aludir al artículo 85 Ley 13/2015.

Asimismo, y en orden a la motivación para la denegación de la prolongación, se ha de señalar en primer término que los actos administrativos han de ser motivados conforme al artículo 35 de la Ley 39/2015, por lo que en cada caso particular habrá de verificarse. Pero además, consta que se exigirá un informe motivado emitido por el Director Médico y autorizado por el Director General de Asistencia Sanitaria en el supuesto de categorías sanitarias y para el resto de categoría un informe del Director de Recursos Humanos y autorización por la Secretaría General, por lo que no puede estimarse la alegada falta de motivación.

Todo lo anteriormente expuesto, conlleva la desestimación de las demandas entabladas en los puntos no afectados por la inadmisibilidad que se indicó al inicio de esta fundamentación.

Abundando en lo expuesto cabe acoger el criterio que sobre este particular señalan las Sentencias mencionadas por la Administración demandada que no reiteramos y a las que ahora nos remitimos.

Sí recoger únicamente la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 4^a, n^o 240/2018, de 16 de febrero, que en su fundamento de derecho tercero (aludiendo también a anteriores resoluciones) indica: "Y para ello se ha de reiterar lo razonado en la sentencia de 23 de junio de 2016 ya citada (FJ 6^o y 7^o):

«[...] 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.

(...) 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 concorra 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, R° 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 vengán 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 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, R° 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 apreciar la Sala que no concurre ninguno de los vicios sustantivos, ni procedimentales alegados en la demanda ni las infracciones de legalidad o de Derecho de la Unión Europea que denuncia y no apreciarse tampoco, en fin, indefensión alguna de carácter material, frente a lo que se alegó de contrario”.

TERCERO: En materia de costas, las mismas habrán de seguir la teoría del vencimiento conforme al artículo 139 LJCA, de modo que las mismas se imponen a los recurrentes, excluyendo las devengadas por las partes que se han personado voluntariamente en autos.

Vistos los artículos anteriormente señalados y todos aquellos otros que sean de general y pertinente aplicación

FALLO

Que **debo desestimar y desestimo** los recursos contencioso-administrativos presentados por la **CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F)**, y el **SINDICATO MÉDICO DE EXTREMADURA (SIMEX)**, contra la Resolución de 16 de agosto de 2016 de la Dirección Gerencia del SES, por la que se levanta la suspensión de la Resolución de 7 de abril de dicha Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo, así como se modifica su epígrafe 6.2 referente al procedimiento de jubilación y prolongación en el servicio activo, y contra la Resolución de 4 de noviembre de 2016 del Director Gerente del SES por la que se desestima el recurso de reposición deducido frente a la Resolución de 16 de agosto de 2016 ya mencionada, resoluciones que en consecuencia se estiman conformes a Derecho, y ello con imposición de las costas devengadas a la parte recurrente, salvo la devengada por las partes que han comparecido voluntariamente en autos.

En cualquier caso, se inadmite la pretensión contenida en el apartado último, del primer pedimento contenido en el suplico de la demanda formulada por SIMEX, al considerar que carece de legitimación activa.

Líbrese testimonio de la presente, que quedará unido a los autos de su razón, recogiéndose el original en el libro de sentencias de este Juzgado.



Notifíquese la presente a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo presentar recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de quince días a partir del siguiente a su notificación, recurso del que conocerá la Sala de lo C-A del TSJ de Extremadura, previa consignación, en su caso, de los correspondientes depósitos.

Así, por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- Dada, leída y publicada que lo fue la anterior sentencia, por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en el día de la fecha, hallándose celebrando audiencia pública. Doy fe.