

EL DERECHO A PROLONGAR LA JUBILACIÓN FORZOSA HASTA LOS 70 AÑOS POR LOS MÉDICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN FUNCIÓN DE LAS PREVISIONES DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS

José Díaz Delgado

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio consiste en el análisis normativo y de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹, acerca del derecho a prolongar la jubilación hasta los 70 años de edad, por el denominado personal estatutario, y de una reciente resolución del Tribunal Constitucional declarando inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Finalmente trataremos de elaborar unas conclusiones.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

II.A. Normativa estatal.

1. Artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función pública.

La Exposición de Motivos de esta Ley decía que “en consonancia con este esfuerzo legal para adap-

tar nuestra Función Pública a las normas vigentes en los países de nuestro entorno, se dispone la jubilación forzosa de todos los funcionarios públicos a los sesenta y cinco años de edad, estableciéndose un calendario progresivo para su definitiva aplicación”

El artículo 33 disponía lo siguiente:

“Artículo 33. Jubilación forzosa²

La jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad. Las Administraciones Públicas dictarán las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho.

De lo dispuesto en el párrafo anterior quedan

¹ Sección séptima.

² Dada nueva redacción por el art.107 de Ley 13/1996 de 30 diciembre 1996 el 1/1/1997.

exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación.

Es evidente que se configura un auténtico derecho subjetivo del funcionario a prolongar la situación de servicio activo hasta los setenta años, pudiendo y debiendo la Administración dictar sus normas procedimentales para el ejercicio de aquél.

2. *Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.*³

2.a) Artículo 13. Planes de ordenación de recursos humanos.

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.*

³ Regula en el Artículo 12, la "Planificación de recursos humanos.

1. *La planificación de los recursos humanos en los servicios de salud estará orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios.*

2. *En el ámbito de cada servicio de salud, y previa negociación en las mesas correspondientes, se adoptarán las medidas necesarias para la planificación eficiente de las necesidades de personal y situaciones administrativas derivadas de la reasignación de efectivos, y para la programación periódica de las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad.*

3. *Los cambios en la distribución o necesidades de personal que se deriven de reordenaciones funcionales, organizativas o asistenciales se articularán de conformidad con las normas aplicables en cada servicio de salud.*

En todo caso, el personal podrá ser adscrito a los centros o unidades ubicados dentro del ámbito que en su nombramiento se precise.

Se prevé un contenido mínimo y otro potencial. Igualmente se prevé la notificación, que no la publicación, en la forma que determine el Servicio de Salud correspondiente; y la negociación previa, que no el acuerdo. Se define como instrumento básico afirmando el carácter de disposición general por la jurisprudencia, como veremos.

2.b) Artículo 26. Jubilación.⁴

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.

No nos encontramos ya ante un derecho subjetivo a prolongar la jubilación, sino condicionado, a la necesaria capacidad funcional, a la autorización previa, a las necesidades de la organización, debidamente articuladas en el PORH. Se plantea la duda de si el PORH está obligado a recoger las necesidades de prolongación, de existir, y si puede ser impugnado por esa deficiencia.

3. *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.*

3.a) Artículo 67.3.

4 1. *La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.*

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.

4. *Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.*

“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”.

Como vemos, los términos son contundentes, la jubilación se produce a los sesenta y cinco años de edad. Regla general, y además se refuerza por la frase “se declarará de oficio”, esto es, sin necesidad de solicitud alguna, lo que nos lleva a considerar que nos encontramos con un efecto automático.

La excepción queda supeditada a que se dicten leyes de la función pública (del Estado o de las CCAAS) de desarrollo del Estatuto que permitan, en los términos que establezcan, la prolongación hasta un máximo de 70 años. Nos encontramos ante una norma básica, vinculante para las CCAA.

De esta rigurosidad solo se salvan los funcionarios que tengan normas específicas de jubilación. Situación que se da en principio en el personal estatutario. La EM de esta ley sostiene que: “En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

III.A. Necesidad de una resolución motivada, tanto de la concesión como de la denegación de la prórroga, de conformidad con el PORH

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2010, recaída en el recurso de casación en interés de Ley número 18/2008.⁵

Esta sentencia es importante en relación con la prolongación en el servicio activo del personal estatutario de los Servicios de Salud, porque efectúa por vez primera una interpretación del artículo 26.2 de la ley 55/2003, por la que se aprueba el Estatuto Sanitario, y rechaza acoger la doctrina que se le reclamaba por el Instituto Catalán de Salud (en adelante ICS) en el sentido de que la denegación de la prolongación no necesitaba ser motivada. Sin embargo como veremos, tanto el TS como el TC han ido matizando esta inicial postura.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró el derecho de un médico a permanecer en servicio activo hasta la edad de setenta años. Para esta sentencia:

- el Plan tiene que haber sido aprobado previamente por él órgano competente.
- y debidamente publicado (lo que entiende no se da en el caso). En alguna sentencia de dicho TSJC se dice que la necesidad de publicación deriva de su naturaleza reglamentaria.
- que el concepto de necesidades del servicio o necesidades de la organización administrativa ciertamente forma parte de la potestad administrativa de autoorganización, pero es un concepto jurídico indeterminado, a concretar en cada caso.
- que, en razón de lo anterior, para el válido ejercicio de esa potestad no basta la mera cita de la norma habilitante, pues es necesario que sean expresadas las concretas razones de organización o de interés general que individualizan en cada caso ese concepto indeterminado para que el interesado pueda articular su reacción frente a ellas y hacer posible su control administrativo y jurisdiccional.

⁵ Ponente: Nicolás Maurandi Guillén.

- Y que esas necesidades tienen que estar reflejadas, expresadas o recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos que cumpla con todos los requisitos que establece el artículo 13 del antes mencionado Estatuto Marco.

Para el ICS del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 resultan estos cuatro requisitos en orden a la decisión de la prolongación:

- (1) la capacidad funcional del interesado para el ejercicio profesional;
- (2) la intervención preceptiva del ICS para autorizar la prórroga;
- (3) la existencia de necesidades en la organización que no permitan esa prolongación; y
- (4) el reflejo de esas necesidades en el correspondiente Plan de Ordenación de recursos humanos.

La principal cuestión es determinar si el acto denegatorio de la autorización de la prolongación en el servicio activo exige fundarse en unas necesidades de la organización que obligatoriamente estén recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos que haya sido previamente aprobado.

El ICS solicita que se fije como doctrina legal la siguiente declaración:

“1º.- La denegación de la solicitud de prórroga en el servicio activo prevista en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no requiere la existencia de un plan de recursos humanos. Este plan sólo es legalmente exigible para excepcionar el mandato legal de jubilación forzosa a los 65 años.

2º.- La introducción en el plan de ordenación de recursos humanos del servicio de salud de las medidas necesarias para conseguir la estructura de recursos humanos que se considere adecuada (cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional) previstas en el último inciso del artículo 13.1 de la Ley 55/2003 tiene carácter potestativo.

3º.- La publicación de un edicto en el diario oficial de la Comunidad Autónoma que co-

munica la puesta a disposición del plan de recursos humanos en las sedes de los diferentes servicios de personal de los hospitales y de las unidades de recursos humanos de las gerencias territoriales del Servicio de Salud, así como su inclusión en la página web del Servicio cumple los requisitos de publicación y notificación establecidos en el artículo 13.2 de la Ley 55/2003”.

Dicho recurso sostiene que la sentencia recurrida es gravemente dañosa y errónea, tal y como exige el artículo 101 de la Ley jurisdiccional (LJCA) para que pueda prosperar esta modalidad de casación.

Y para justificar esos reproches se aducen estas cuatro razones:

(1) una interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 55/2003 del EM/PESS, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. De este precepto se desprende una regla general, que es la jubilación a los sesenta y cinco años, y una excepción, que es la prolongación en el servicio activo hasta los setenta, y que de ello debe derivarse que la aplicación de esa regla general (mediante la denegación de la prolongación) no exige ninguna justificación especial, mientras que, por constituir la excepción, la que sí la exige es la autorización de la prolongación hasta los setenta años. La justificación por necesidades en el marco del Plan para lo que la establece es para autorizar la prolongación en el servicio activo.

(2) una indebida coartación de la capacidad autoorganizativa de la Administración;

(3) una exigencia de requisitos al Plan de ordenación de recursos humanos que va más allá de los que se establecen en el artículo 13 de esa Ley 55/2003; la necesidad de justificar la ausencia de necesidades en el servicio a través del Plan no figura en dicho precepto. Es cierto que contempla como elementos del Plan los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados, pero no lo es que imponga la necesaria inclusión de las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, pues, respecto de estas el precepto dice: *“Podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha*

estructura ...”.

(4) no haber tenido en cuenta que ese Plan se hizo público en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña y en página web de la Institución correspondiente.

Además afirma que sí existía un Plan de Ordenación de recursos Humanos y, además, fue publicado tanto en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña como en la web de aquella entidad.

La sentencia del TS rechaza el recurso en base a las siguientes razones:

- **Necesidad de pronunciarse motivadamente.**

Ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación *en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*; es decir, dicho artículo **26.2 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse (para establecer si tal resolución ha de ser favorable o contraria a la solicitud del funcionario), mas no faculta para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación sobre ella.**

Pero si esa literalidad resultara dudosa, el interrogante debería resolverse mediante una interpretación sistemática del precepto de que se viene hablando que lo pusiera en relación con la regulación que sobre esta misma materia se haya establecida en **la legislación general de la función pública**, que estuvo constituida por el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función pública y, actualmente, por el artículo 67.3 del Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que no deja ninguna duda sobre que la Administración tiene **que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, y tanto para aceptarla como para denegarla**; y sobre esta Ley 7/2007 debe recordarse, por un lado, que es también aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud (según dispone su artículo 2.3) y, por otro, que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la

Constitución (así lo establece su disposición final primera).

La conclusión final que se extrae de todo lo anterior es, pues, que esa prolongación en el servicio activo, regulada en el artículo 26.2 de la Ley 22/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, **es un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado** a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; y que **recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación.**

Parece desprenderse de esta resolución que existe discrecionalidad de la Administración a la hora de incluir o no en el PORH la justificación de la denegación de la prórroga, pero que una vez introducida nace ya el derecho del interesado a que se justifique por la Administración que se da la circunstancia o no en el caso concreto.

- **No se vulnera la capacidad autoorganizativa.**

Tampoco acoge la sentencia la alegación de **indebida coartación de la capacidad autoorganizativa de la Administración** porque no cabe atribuir a esta el significado que para ella se pretende por la entidad pública recurrente.

Tal potestad, frente a lo que parece sostenerse, no habilita a la Administración a que **libremente establezca los términos con que debe motivar las resoluciones que dicte sobre las solicitudes de prolongación en el servicio activo**, pues a lo que está dirigida es a otra cosa. **Lo que significa esa autoorganización es una amplia libertad de la Administración para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa y para establecer una prioridad entre ellas, como también para elegir las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades.**

Y siendo este el recto sentido de la potestad administrativa de autoorganización, debe decirse que la sentencia recurrida no lo ha ignorado, porque, a los efectos de la motivación que impone para las denegaciones de la prolongación en servicio solicitada por los funcionarios, **no predetermina ni tasa esas necesidades**, lo que establece es que sólo podrá considerarse válida la denegación cuando esta haya sido apoyada en unas concretas necesidades **que hayan sido recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos previamente aprobado (sobre cuyo contenido tampoco pone límites a la Administración)**.

Tampoco hay una indebida aplicación del artículo 13 de la Ley 55/2003 por lo siguiente: **una cosa es respetar la libertad de la Administración para incluir o no en el correspondiente Plan de ordenación de recursos humanos las medidas que se juzguen necesarias a fin de lograr la estructura de recursos humanos que haya sido elegida**, y otra distinta es que, respetando esa libertad, se declare (como viene hacer la sentencia recurrida) que la denegación de prolongación en el servicio activo aquí controvertida requería para su validez que estuviera justificada en las necesidades de organización articuladas en un Plan previamente aprobado.

- **Comentario de esta sentencia.**

La sentencia resuelve sobre la necesidad de la existencia y publicidad del Plan de Ordenación de Recursos Humanos; deja una amplia libertad discrecional para delimitar su contenido, esto es, las necesidades estructurales de la Administración; exige la motivación tanto de la prolongación, como de la no prolongación (aun cuando la primera difícilmente sería combatible en vía contenciosa, al ser positiva, por falta de interés legítimo de los posibles recurrentes, aunque la exigencia de motivar la prórroga pudiera abrir a posibles interesados en la plaza el recurso contencioso).

Sin embargo, sigue existiendo una duda no resuelta por la sentencia, la naturaleza de dichos Planes, pues su carácter ordinamental, parece inclinar la balanza a la naturaleza reglamentaria, que determina nada menos

que el derecho a la prolongación. Sin embargo afirmar la misma, de lo que la Ley llama "*instrumento*", significaría la posibilidad de su impugnación indirecta, y en ese caso podrían impugnarse sus previsiones por irreales o insuficientes. Como veremos la posibilidad de impugnación indirecta, y en consecuencia la afirmación de la naturaleza reglamentaria del plan, parece admitirse implícitamente en algunas sentencias del TS.

No me parece afortunada sin embargo la **referencia al artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público**, pues los términos del párrafo uno y dos son más taxativos en permitir a la legislación de desarrollo, en los términos que establezca, la determinación de la excepción. Entiendo que dichos apartados no afectan a los médicos del Servicio de Salud pues son funcionarios estatales con regulación especial, precisamente la del Estatuto Sanitario, que en principio es más favorable, como se prevé en su E.M.

III.B. Exigencia de PORH debidamente aprobado y publicado. Inexistencia del mismo en 2004 en Cataluña

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, de 28-2-2011, rec. 5002/2008 ⁶.

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Cuarta) del TSJ de Cataluña, interpuesto por Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios que anuló una denegación de jubilación de un médico ante la inexistencia de un PORH válido y publicado. La Sala entiende que no se habla en el edicto de una aprobación de un plan de recursos humanos, sino de la presentación a la Mesa de un documento que recoge la metodología que habrán de seguir los planes de recursos humanos, que es algo diferente.

Por lo tanto, la existencia del Plan de Ordenación de Recursos humanos y no de cualquier otro texto, **es preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de la organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación hasta alcanzar los 70 años. Es en dicho Plan donde deben estar**

⁶ Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.

expresamente mencionadas las necesidades de la organización, como se vuelve a reiterar, a efectos de que puedan ser la justificación, la fundamentación, la explicación, en definitiva, de la denegación de la prórroga.

Es evidente, pues, que las potestades de la Administración Pública litigantes, que, en el ámbito de sus **facultades de autoorganización** y al servicio de una mayor eficacia funcional adopta la decisión que ahora enjuiciamos, **debe preceptivamente basar la misma en las previsiones del mencionado Plan**, cuya aprobación previa es terminantemente obligatoria, **a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada**, para que pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente.

El TS analizando la valoración de la prueba hecha por el TSJ llega a la conclusión de la inexistencia de un PORH debidamente aprobado y publicado. Sostiene que el objeto del proceso era **directa y exclusivamente la impugnación de un plan de recursos humanos, que no era el que se alega por el ICS que se aprobó en junio de 2004 (fecha posterior al escrito de interposición del Recurso contencioso-administrativo) sino otro de abril de 2004.**

No se habla, pues, en el edicto de una aprobación de un plan de recursos humanos, sino de la presentación a la Mesa de un documento que recoge la metodología que habrán de seguir los planes de recursos humanos, que es algo diferente.

El Tribunal Supremo reitera después en numerosas sentencias la inexistencia de ese PORH del ICS de 2004, como en la S 17-3-2011, rec. 997/2009, 24 de marzo de 2011, rec. 697/2009⁷, 28 de febrero de 2011 (casación 5002/2008). En el mismo sentido las sentencias de 17 de marzo de 2011, recaídas en los recursos 423, 468, 873, de 2009 y 228, 4294, 394 y 4891 de 2008; Igualmente las sentencias de 24 de marzo de 2011, recaídas en los recursos 472, 691, 1641, 872, 829 y 1614, de 2009; 7 de abril de 2011, recursos 2640, 428 y 1642 de 2009; 14 de abril de 2011, recursos 537, 699, 2305, 4368, de 2009 y 6606/2010⁸. Sentencia de 18 de abril de 2011, recurso 696/2009⁹; S. 20 de abril de 2011, recurso 425, 429, 439, de 2009¹⁰. S. 28 de abril

7 Ponente: González Rivas, Juan José .

8 De todas ellas siendo ponente Don Juan Jose Gonzalez Rivas.

9 Ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

10 Ponente Jose Diaz Delgado.

de 2011, rec.540, 427 y 859 de 2009¹¹. S. 16-6-2011, rec. 6149/2010.¹² ; 18-4-2011, rec. 2643; 28 de febrero de 2011 (casación 5002/2008)¹³. Recurso Núm.: 540/2009; 28/04/2011. Recurso Núm.: 427/2009; 28/04/2011, Recurso Núm.: 850/2009.¹⁴

III.C. Naturaleza reglamentaria del Plan. Posibilidad de impugnación directa e indirecta. La matización. Derecho debilitado a la prórroga¹⁵

Sentencia de 15/02/2012 (Recurso Núm.: 2119/2011).¹⁶

Se impugna en este recurso de casación la sentencia de fecha veintidós de diciembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto directamente contra la resolución que denegó al hoy recurrente la permanencia en servicio activo; e **indirectamente** contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de aprobación del Acuerdo Integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, por el que se aprobó el PORH del Servicio Cántabro de Salud (Anexo III) y contra la Orden que regula el procedimiento de autorización.

Se admite implícitamente la **naturaleza reglamentaria** del PORH y la posibilidad de **impugnación indirecta**.

La Sentencia recurrida recuerda que el PORH :

«(...) analiza el número de profesionales que en la categoría del recurrente están próximos a cumplir los 65 años, el número de efectivos de la plantilla orgánica, el número de facultativos en las listas de selección de la categoría y los MIR que finalizan su formación a esas fechas. En atención a ello se concluye que se dispone de profesionales de la categoría para la cober-

11 Ponente Nicolás Maurandi Guillen.

12 Ponente: González Rivas, Juan José.

13 Ponente Pte:Pablo Lucas Murillo de la Cueva,.

14 Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

15 Reiterada por las sentencias de la sec. 7ª, S 15-2-2012, rec. 1234/2011, S 9-3-2012, 1247, 1578, 1579/2011, s.16-3-12, rec.1360; 20-3-12, rec.366/11; 27-3-12 2473, entre otras posteriores..

16 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

tura de plazas que van a quedar vacantes por próxima jubilación.

Examina la supuesta vulneración de los artículos 13 del Tratado CE y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre (arts. 6 y 10) y art. 14 de la Constitución Española, que consagran el derecho de no discriminación por razón de edad. Y recuerda lo dicho por el TS en la Sentencia de 2 de marzo de 2010, rec. 523/08. ...En dicha resolución se partía de «la vigencia y aplicación al personal estatutario del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en cuanto norma posterior cuyas previsiones deben ser puestas en relación con las específicas y concretas determinaciones que para el mismo se contienen en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud». Concretamente, «del art. 2.4 del Estatuto Básico del Empleado Público conforme al cual “cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”. Quiere ello decir que el ámbito subjetivo del EBEP abarca también al personal estatutario al establecer criterios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público entre los se incluye expresamente a dicho personal, el cual, conforme a lo dispuesto en el art. 2.3 del EBEP, se regirá “por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas y por lo previsto en el nuevo Estatuto excepto el Capítulo II del Título III, relativo al derecho a la carrera profesional y la promoción interna, el art. 20, que regula la evaluación del desempeño y los artículos 22.3, regulador de las retribuciones básicas, 24, regulador de las retribuciones complementarias y el art. 84, que contempla la movilidad entre Administraciones Públicas [... materias...] propias y específicas del servicio público sanitario...» de forma que la relación estatutaria se configura como una relación funcional especial. Y si bien se afirmaba que la mayoría de las peculiaridades que contiene el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud no se contraponen a la nueva regulación del EBPE, incluso que se adelantaba, se concluía que si una misma materia se encuentra regulada por ambos instrumentos normativos, se aplicaría el Estatuto Marco en razón del principio de especialidad en tanto no entrara en contradicción con las previsiones del

EBEP. Por tanto, en caso de antinomia prevalece la norma general, «evitándose con ello la aplicación interesada en cada materia o condición de trabajo de la norma más favorable, ya sea funcional (EBEP) ya sea estatutaria (Estatuto Marco), configurándose la Ley 7/2007, de 12 de abril como norma de cabecera en la regulación del estatuto del empleado público, dentro del cual debe incluirse el personal estatutario». Todo ello con base en la Exposición de Motivos y en la Disposición derogatoria, apartado g), en cuanto deroga todas las normas de igual o inferior rango que se contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Estatuto.

En segundo término aborda la citada sentencia el tema relativo a la vigencia diferida del EBEP a la vista de la disposición final cuarta en materia de carrera profesional, evaluación del desempeño, derechos retributivos y estructuración del empleo público, pues “sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”, al igual que ocurre con las normas sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, que siguen en vigor en cuanto no se opongan al EBEP y no se dicten las nuevas normas legales y reglamentarias de desarrollo de aquél (disposición final cuarta, apartado tercero).

Y al analizar la controversia relativa a la posibilidad de prórroga en el servicio activo del personal estatutario que haya alcanzado la edad de jubilación, la Sala considera que ambos textos ofrecen una regulación similar. Así, el art. 26.2 prevé que «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». Por su parte, el art. 67.3 dispone que «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 la 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 cumplan setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación». Ambas precisan como requisito para dicha prolongación la autorización de la misma 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, siendo, en definitiva, las Comunidades Autónomas las que deben decidir sobre el particular a través de sus respectivos servicios de salud, autorizando a los mismos tanto el Estatuto Marco como el EBEP a denegar o conceder de forma motivada la solicitud formulada al respecto por el interesado. Sin embargo, el EBEP anuda la entrada en vigor del art. 67.3 a ulteriores normas de desarrollo [...] No habiendo sido objeto el art. 67.3 del EBEP del oportuno y previsto desarrollo normativo, deben entrar en juego por aplicación del principio de especialidad las previsiones que al respecto establece el Estatuto Marco [...]», que en definitiva remite al Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

Y al abordar si el mismo reúne los requisitos establecidos en los artículos 12 y siguientes del Estatuto Marco, partiendo del respeto a la potestad autoorganizativa y considerado como instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud, concluye que «cumple con las exigencias en cuanto a contenido establecidas en el art. 12 del Estatuto Marco, esto es, la planificación de dichos recursos humanos, orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios, con planificación eficiente de las necesidades de personal y situaciones administrativas derivadas de la reasignación de efectivos y la programación periódica de las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad, así como los cambios en la distribución o necesidades de personal.

»Conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto Marco dichos planes de ordenación de recursos humanos deberán “especificar los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que consideren adecuados para cumplir tales

objetivos”, añadiendo además que podrán establecer “las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de planificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional”, previsiones éstas que en el supuesto que nos ocupan deben interrelacionarse con las que contiene el Acuerdo integral para la mejora de los servicios sanitarios.

»Efectivamente, el Anexo III de dicho Acuerdo, que contiene el Plan de recursos humanos, partiendo de un análisis de situación en el que se constata el envejecimiento de las plantillas, contempla como objetivo final la adecuación de dichos recursos a las necesidades de la actividad de prestación de los servicios sanitarios en orden a una mayor eficacia de aquéllos, objetivos que se concretan en a) la creación de empleo y renovación de plantillas; b) evita los costes por sustitución y guardias realizadas por personal distinto al staff habitual; c) reducir los índices de interinidad hasta alcanzar valores óptimos mediante un proceso extraordinario de consolidación del empleo; d) reducir las tasas de edad de la plantilla con el fin de conseguir una mayor eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria.

»Es la Administración sanitaria quien, en el ejercicio de sus potestades de autoorganización, se ha marcado tales objetivos con respecto de los cuales no podría la Sala ejercer ningún tipo de reproche, salvo que se contemplaran actuaciones claramente arbitrarias o desproporcionadas, de tal manera que las discrepancias en cuanto a los objetivos y medios en aquel contenidos que realizan los facultativos que han solicitado la prórroga en el servicio activo son de índole subjetiva y no pueden prevalecer sobre las previsiones de un Acuerdo pactado entre Administración-Sindicatos, que goza, por tanto, del consenso de todos los afectados por el mismo, salvo que acrediten de forma efectiva que la denegación de la prórroga en el servicio activo en su concreto caso no se compece con las necesidades del servicio.

»En consecuencia, y prescindiendo del análisis crítico de tales objetivos hemos de determinar si el Plan de Recursos Humanos contempla también los instrumentos y medidas para llevar aquéllos a cabo, debiendo indicarse que tales acciones se contemplan en el apartado 4, y en concordancia

con los objetivos que se pretenden alcanzar se señalan como tales: a) el proceso extraordinario de consolidación de empleo, tendente a evitar las situaciones de interinidad; b) la programación periódica de convocatorias de selección, promoción interna y movilidad para el personal estatutario del SCS; c) **desarrollo de la carrera profesional**; d) **puesta en marcha y aplicación inmediata, previo desarrollo procedimental del art. 26.2 y 3 del Estatuto Marco, con aplicación de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, a salvo de quienes se encuentren incluidos en las excepciones previstas en el Estatuto Marco**; f) puesta en marcha y aplicación del art. 26.4 del Estatuto Marco, **relativo a la jubilación parcial**.

...

»Efectivamente, el Plan de Recursos Humanos apuesta decididamente por una **renovación de plantillas, y reflejando el envejecimiento de las mismas**, especialmente en el HUMV, entiende que dicha situación incide negativamente en la asistencia global, ya que en lo que respecta al personal médico se produce una disponibilidad decreciente de plantillas médicas para guardias, con incremento continuo de exenciones de guardias médicas, acompañadas de las consiguientes contrataciones de sustitutos, lo que supone un coste económico añadido para el servicio de guardias y una precariedad de la actividad asistencial.

»No es ésta la única disfunción que la edad de la plantilla entraña, según las previsiones del Plan, sino que también “conlleva **altos índices de absentismo** con la consiguiente sustitución de los profesionales, lo que supone un alto coste económico para el SCS y una distorsión en la prestación del servicio”, índices de absentismo que fija el plan en un 6’6% por incapacidad temporal y una media de 14.800 días sustituidos.

»Como medida ahora cuestionada para hacer frente a tal situación el Plan de Recursos Humanos establece la **aplicación directa del art. 26 del Estatuto Marco, con jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los sesenta y cinco años de edad**, a salvo las previsiones del art. 26.2, referidas al supuesto de prórroga en el servicio activo que ahora nos ocupa y entiende que dicha medida contribuye a evitar las situaciones de interinidad y el coste económico de las sustituciones y guardias prestadas por personal

distinto del que forma parte del SCS.

»Frente a dicha situación constatada y con respecto de la cual no se realizan objeciones por parte de los recurrentes, ya que se parte de la existencia de empleo precario, entienden que la medida de jubilación forzosa no resulta adecuada para combatir el mismo, precisamente porque restringiendo la posibilidad de prórroga en el servicio activo se destruye empleo fijo ya que los profesionales a que nos referimos ostentan dicha condición en el SCS, objeciones éstas que no resultan de recibo, ya que el propio Plan **prevé un proceso extraordinario de consolidación de empleo interino**».

Al igual que en aquél recurso, se cuestiona la necesidad inmediata de dichas medidas ya que no se habría constatado un envejecimiento de las plantillas «lo que no se compadece con las propias previsiones del plan no enervadas mediante prueba en contrario, indicando que si bien la edad media del personal facultativo de Atención especializada es de 49’7 años, el 33% es mayor de 55 años y el 3% tiene 65 años o más, por lo que no puede minimizarse el problema de la edad de los facultativos y consecuente necesidad de adopción de medidas al respecto en orden a una mayor eficiencia del servicio.

»Por otra parte, y en ello asiste la razón a los facultativos recurrentes, resulta evidente que **no puede imputarse al envejecimiento de las plantillas el absentismo laboral**, ya que los datos ofrecidos por el Plan sólo reflejan las cifras globales del mismo, sin que en ningún momento se desprenda que son precisamente el personal estatutario y en el supuesto que nos ocupa, los facultativos de edad mas avanzada, los que incurran en dicha práctica».

Al margen de las circunstancias concretas del recurrente y en cuanto a la disminución del personal para guardias consecuencia del envejecimiento de la plantilla, la Sala estimó no era un hecho no resulta controvertido, sin perjuicio de que goce de este derecho, «lo que no resulta en absoluto óbice para enervar tal conclusión y sus negativas consecuencias.

»En consecuencia, la Sala entiende que sólo **partiendo de tales necesidades asistenciales de fomentar el empleo fijo evitando la interinidad, disminuir el coste de las sustituciones provo-**

cadras por la menor disponibilidad para guardias de los facultativos que nos ocupan, puede acudir a la medida de establecer la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años con carácter general, pudiendo denegarse motivadamente la solicitud de prórroga en el servicio activo cuando las necesidades asistenciales así lo exijan.

»Ahora bien, el Plan de Recursos Humanos ha definido lo que debe entenderse por “necesidad asistencial”, de tal forma que en su apartado f) establece que en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.2 del Estatuto Marco se autorizará excepcionalmente y por el período de un año la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir los setenta años de edad, entendiendo por “necesidad asistencial” “la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante. Las autorizaciones de prolongación de permanencia en el servicio activo así concedidas serán revisadas al año de su concesión y renovadas por un año si subsisten las circunstancias que dieron lugar a su concesión”.

»La Sala entiende correcto que sean las necesidades asistenciales la motivación sobre la que debe descansar la autorización o denegación de la prórroga así como el criterio objetivo para definir lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” que el plan de recursos humanos ofrece, sin perjuicio de que el facultativo correspondiente acredite de forma fehaciente en el correspondiente proceso que existen necesidades asistenciales que justifiquen su permanencia en el servicio activo al no existir personal interino que pueda cubrir y desarrollar las funciones que venía desempeñando, debiendo, en consecuencia, analizarse y concretarse para cada facultativo que solicite la prórroga en el servicio activo si la autorización de la misma redundaría en unos mayores costes para el servicio por la necesidad de contratar interinos ante su indisponibilidad para guardias y demás circunstancias relativas al servicio que perturben o hagan éste menos operativo y eficaz, circunstancia ésta que no cabe alegar de manera genérica y que deberá pormenorizarse y acreditarse para cada caso concreto.

Como puede observarse, esta argumentación desestima todos los argumentos esgrimidos al afirmar que el Plan cuenta con las características exigibles (objetivos, efectivos y estructura

de los recursos adecuados para cumplirlos). Y en cuanto a la carencia de médicos, ésta no deja de ser una mera alegación del recurrente pues de los datos obrantes en el expediente y en los autos no se desprende este dato, cuando precisamente se cuenta con profesionales de la respectiva especialidad que pueden ocupar el puesto del recurrente. Y al margen de las consideraciones de mayor o menor acierto que pueda merecer el Plan y del cumplimiento o no posterior del objetivo perseguido para la adopción de esta medida, no cabe apreciar vicio de ilegalidad en el mismo.

Sostiene frente a la jurisprudencia del TJCE, sentencias de 19/01/2010 (asunto C-555/07 Kükükdeveci) y 12/01/2010 (asunto C-341/08, Petersen).

Estas conclusiones se adecúan a la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión europea. La STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Kükükdeveci, en relación a la compatibilidad de una normativa nacional con las directrices de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, recuerda que «el Consejo de la Unión Europea, basándose en el artículo 13 CE, adoptó la Directiva 2000/78, de la que el Tribunal de Justicia ha declarado que no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, principio que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, sino que únicamente tiene por objeto establecer, en esas mismas materias, un marco general para luchar contra la discriminación basada en diversos motivos, entre ellos la edad» y «el Tribunal de Justicia ha reconocido, dentro de este contexto, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión». Y añade que «el artículo 6 TUE, apartado 1, establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Según el artículo 21, apartado 1, de dicha Carta, “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] la edad”».

La STJCE DE 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, analizó precisamente la

extinción automática del contrato de trabajo por cumplir el límite de edad para jubilación forzosa fijado en 65 años, concluyendo que **la Directiva no se opone a una normativa nacional que exija, como único requisito, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y que los medios empleados para lograr este objetivo no resulten inadecuados e innecesarios.**

Posteriormente, **la STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, Petersen, Analiza el establecimiento de un límite de edad para lograr determinados objetivos. Entre ellos, para preservar el equilibrio financiero del sistema de salud pública, ámbito cuyo responsable es el Estado y que, por definición, no se extiende al sistema de salud privado como fórmula para controlar el gasto del sector de la sanidad pública. Y al respecto afirma que «la disposición por la que se mantiene el límite de edad, en la medida en que está dirigida a prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social con el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud, cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional nacional, es compatible con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva».**

Igualmente analiza si el límite de edad está justificado por un segundo objetivo dirigido a repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo a un profesional de la sanidad. Al respecto parte de la declaración ya realizada por el Tribunal de Justicia en relación a que **«la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros, apreciación evidentemente válida por lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores»** y que **«una medida adoptada para favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de la profesión de dentista en el régimen de concierto puede considerarse una medida de política de empleo».** Y al analizar si se trata de un medio adecuado y necesario para lograr este

objetivo mantiene que **«según la evolución de la situación del empleo en el sector de que se trata, no parece carente de sentido que las autoridades de un Estado miembro consideren que el establecimiento de un límite de edad, que conduce a que los facultativos de mayor edad abandonen el mercado laboral, pueda favorecer el empleo de profesionales más jóvenes».** Finalmente concluye que ante una situación en la que exista un número excedentario de [determinados profesionales de la sanidad] o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado miembro puede considerar necesario establecer un límite de edad como el controvertido en el litigio principal para facilitar el acceso al trabajo de [profesionales] más jóvenes».

De hecho, la STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, Wolf, admite edades como la de 30 años para la contratación en determinados servicios que requieren una capacidad física elevada.

Sostenía el recurrente en casación que la sentencia no había valorado la prueba propuesta por ella que **consistió en esencia en:**

- Plantilla del hospital universitario Marques de Valdecilla en la que constan 15 plazas jerarquizadas y 1 plaza de cupo creadas y dotadas de la especialidad de UROLOGIA.
- Listado de facultativos especialistas en UROLOGÍA que prestan servicios efectivos en dicho hospital una vez producida la jubilación del actor (9 facultativos en total), **permaneciendo 6 plazas vacantes.**
- Resumen estadístico de la actividad del actor y del servicio de Urología, en el que **se aprecia la lista de espera existente**, así como la importancia de la labor del actor.
- Extracto del estudio sobre necesidades **de médicos especialistas en el sistema nacional de salud, encargado por el ministerio de sanidad (con cuadro resumen del déficit de especialistas por especialidades médicas)**, en el que se hace constar el déficit de Médicos Urólogos comunicado por la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Añade que si la Sentencia de instancia hubiera valorado la prueba se habría extraído consecuencias distintas pues es evidente que de la misma se des-

prenden datos fundamentales, como la necesidad de médicos especialistas en UROLOGÍA, la existencia de vacantes en el servicio que no han podido ser cubiertas y la inexistencia de personal contratado para realizar guardias, la falta de sustitución de su mandante una vez jubilado, la constatación por el servicio cántabro de salud de un déficit grave de especialistas en UROLOGÍA.

Sin embargo el TS sostiene que..... la Sentencia de instancia analiza la cuestión jurídica controvertida; esto es, la existencia o no de **“necesidades asistenciales”** que justifiquen la autorización de la prolongación en el servicio activo del personal, tal y como esta ha sido **definida en el propio Plan de Recursos Humanos del SCS, esto es “carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos a la jubilación del solicitante”**, para valorar después la prueba obrante en el expediente y en los autos y llegar a la conclusión de que **existe personal sustituto suficiente** para proceder a la cobertura de las vacantes que se produzcan en la categoría y especialidad por jubilación.

Destaca en su oposición el Gobierno de Cantabria la importancia dentro de la documental obrante en el expediente administrativo del Informe de la Subdirección de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de la Salud sobre la no existencia de necesidades asistenciales en la categoría de FEA UROLOGÍA (folios 24-26 del expediente), informe al que se está refiriendo la sentencia, por cuanto analiza el número de profesionales que en la categoría del recurrente están próximos a cumplir los 65 años, el número de efectivos de la plantilla orgánica, el número de facultativos en las listas de selección de la categoría y los MIR que finalizan su formación en esas fechas. De este modo los documentos a los que se refiere el recurrente son valorados en la sentencia recurrida de forma global por el Tribunal a quo, entendiéndose que no acreditan la carencia de medios.

Una lectura conjunta de la sentencia recurrida nos permite **afirmar que la misma tuvo en cuenta toda la prueba practicada.**

En cuanto al fondo del asunto el recurrente sostiene que la Administración debe constatar mediante un plan de ordenación debidamente elaborado la inexistencia de necesidades de la organización, es decir, acreditar que sobran puestos de trabajo.

Afirma el recurrente que, siendo la denegación

de prórroga un **acto restrictivo o limitativo de derechos**, las normas de desarrollo del Estatuto Marco no pueden restringirla ni introducir otros requisitos para la concesión de la prórroga, debiendo ser interpretada la concurrencia de los requisitos para la denegación de forma restrictiva, además de motivar adecuadamente el acto de denegación de la prórroga.

En opinión del recurrente **el Plan de Recursos Humanos, y en consecuencia la Orden de la Consejería que lo desarrolla, incumplen dos de los requisitos citados**, la sentencia reconoce que no se ha constatado la falta de capacidad profesional del solicitante, para el ejercicio profesional, y que su capacidad debe presumirse.

El eje de la cuestión se traslada **al Plan impugnado indirectamente.**

Al respecto entendemos que la extensa argumentación del **motivo no se ajusta a lo que puede ser objeto de una impugnación indirecta, pues esta no puede convertirse en un análisis plenario de la norma indirectamente impugnada en todos sus contenidos, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado.** La impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado.

El motivo que analizamos, desfigura en gran medida el sentido integral del Plan, haciendo de la jubilación forzosa el centro de gravedad del mismo, para en función de esa valoración dar a pretendidos defectos del Plan de carácter general, que, en su caso pudieran tal vez haber sido objeto de su impugnación directa, el significado de bases condicionantes de la validez jurídica del establecimiento de la jubilación forzosa. **Tal planteamiento no lo podemos compartir, pues lleva con ello la impugnación indirecta más allá de sus límites adecuados, según nuestra citada jurisprudencia.**

Entendemos que ese pretendido derecho no se establece como tal en el Art. 26.2 de la Ley 55/2003, sino que se trata solo de una mera facultad, 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”.

Basta para evidenciarlo la simple comparación de lo dispuesto en ese precepto con la forma en que respecto a la prórroga del servicio activo hasta los 70 años se pronunciaba 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, cuyo contenido no son propiamente fórmulas normativas 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 una clave de ordenación normativa asentada en el establecimiento inequívoco de un derecho, (que late en la tesis del recurrente), sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga en los términos referidos. **Tal necesidad de justificación no puede convertirse en exigencia rigurosa trasladable al Plan de que éste haya de tomar como elemento de su ordenación el respeto de ese derecho, haciendo del mismo un eje del Plan, desde el cual deban, en su caso, enjuiciarse otros contenidos del mismo, para reclamar de ellos precisiones de detalle o justificaciones explícitas, innecesarias en razón de su inevitable generalidad.**

Es ahí, en esa transformación en autentico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde consideramos que se incurre en la exageración del planteamiento del recurrente a que nos referimos antes... el Plan, en cuanto base normativa del acuerdo singular recurrido, no es objeto de una impugnación directa, sino indirecta, **no puede pretenderse que, para aceptar los contenidos ordenadores del mismo con ocasión de la impugnación de un acto singular de aplicación, la Administración demandada deba soportar la necesidad de justificación de la adecuación a derecho del instrumento normativo que aplica. Este, en principio, vale jurídicamente, sin que, para admitir su valor, deba la Administración tener que justificar la corrección de sus contenidos. Será, en su caso, la parte recurrente, la que, si considera que el plan no es adecuado a derecho, deba demostrar los vicios que le impute;** pero no cabe partir, como en cierto modo e implícitamente hace el recurrente, de que la Administración, (que no es además la autora exclusiva del Plan, pues éste deriva de un pacto con los sindicatos), ante la impugnación de un acto aplicativo del Plan, y

ante una impugnación indirecta de éste, deba justificar la corrección jurídica de su contenido.

III.D. Denegación de prórroga de jubilación, admitida provisionalmente hasta la aprobación del POHR, de foma automática a la entrada en vigor

Sentencia de la Sec. 7ª, S 28-11-2012, rec. 93 /2012¹⁷.

El TS anula las resoluciones que acordaron la jubilación forzosa del recurrente, personal estatutario en el Hospital Central de Asturias como jefe de cupo de cirugía general, y le denegaron la prolongación en el servicio activo. Las previsiones contenidas en el PORH y en la Instrucción de desarrollo que han sido impugnados por el recurrente no resultan contrarias a la Ley 55/2003, pero a distinta conclusión se llega cuando analiza los concretos actos administrativos que acordaron el cese efectivo del recurrente en la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya que, tanto la resolución que puso fin a dicha prolongación y declaró su jubilación forzosa, como la del recurso de alzada, no sustentaron el cese del recurrente en la previa valoración y ponderación de las necesidades organizativas previamente definidas en el PORH, sino en el mero hecho de haber entrado en vigor dicho Plan, motivación claramente insuficiente (FJ 5).

Al recurrente, médico del Servicio de Salud de Asturias se le había concedido la prórroga de jubilación temporal hasta la aprobación del PORH y tras la aprobación de éste se le jubiló. Interpuesto recurso fue desestimado por el TSJ de Asturias ya que el mismo señalaba que *“Se declarará con carácter general la jubilación forzosa de todo el personal que actualmente cuente con más de 65 años de edad y tenga autorizada la prolongación voluntaria de permanencia en el servicio activo dado que dichas resoluciones de autorización estaban, en todo caso, condicionadas de conformidad a lo estipulado en el artículo 26.2, párrafo segundo de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, a las especificaciones del citado Plan de Ordenación de Recursos Humanos”*.

Aprobándose por la Dirección General del SES-PA la Resolución de 20 de noviembre de 2009, en la que se contienen las Instrucciones sobre jubila-

¹⁷ Pte: José Díaz Delgado, En el mismo sentido la S. De 13 de noviembre de 2012, Ponente: José Díaz Delgado, o 11 de diciembre de 2002 (ponente Vicente Conde Martín de Hijas).

ción, prórroga en el servicio activo y prolongación de permanencia en el servicio activo, estableciendo e la Disposición Transitoria Primera que “*Se declarará con carácter general y en el plazo de 15 días naturales, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Resolución por la Dirección Gerencia del SESPA, la jubilación forzosa de todo el personal que en dicha fecha contase 65 años de edad y tuviera autorizada la prolongación voluntaria de permanencia en el servicio activo recogida en el art. 26.2 segundo párrafo del Estatuto Marco. No obstante, respecto de dicho personal, en aquellos supuestos en los que la Dirección Gerencia del SESPA entiende que concurren las circunstancias señaladas en la Instrucción Tercera, procederá tal y como se establece en la Instrucción Sexta de esta Resolución, a efectos de autorizar la prolongación voluntaria en el servicio activo*”.

El motivo que recogía el POHR para justificar la denegación era “(...) **la carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas**”. Tal interpretación resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 e imposibilita que se pueda apreciar el trato discriminatorio alegado por el recurrente.

En idéntico sentido a lo anteriormente razonado, se ha pronunciado la reciente sentencia de esta Sala y Sección de fecha **13 de noviembre de 2012** (recurso de casación num. 5887/2011) que señaló en su Fundamento de derecho séptimo que:

“(...) Pues bien, a juicio de la Sala esta previsión no es precisamente la mas conforme de las posibles con el principio de seguridad jurídica, sin embargo, partiendo de la base de que el Estatuto Básico del Empleado Público fija la edad de jubilación en 65 y que es la legislación de la Comunidad Autónoma la que podrá establecer previsiones de ampliación hasta los 70, **el legislador comunitario tiene un amplio margen de discrecionalidad al optar por dicha prórroga y la previsión de que en cada caso habrá de motivarse razonadamente, por la “carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas”,** la concesión o no de la prórroga, nos conduce a unas circunstancias objetivas, que puede conocer el interesado y que le proporcionan elementos ciertos que permitan la tutela judicial correspondiente.

Idénticos razonamientos son aplicables en relación con la previsión referida al personal que estuviera ya disfrutando de la prolongación voluntaria del servicio activo, cuyo cese efectivo requiere un

acto administrativo que deberá reunir idéntica motivación”.

Y si bien la consecuencia necesaria que se deriva de esta interpretación sistemática no nos permite entender que las previsiones contenidas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos y en la Instrucción de desarrollo que han sido impugnados por el recurrente resulten contrarias a la Ley 55/2003, a distinta conclusión llegamos cuando analizamos los concretos actos administrativos que acordaron el cese efectivo del recurrente en la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya que, en relación con éstos, no podemos compartir el pronunciamiento que alcanza la sentencia recurrida, toda vez que, tanto la resolución de 2 de diciembre de 2009, que puso fin a dicha prolongación y declaró su jubilación forzosa, como la del recurso de alzada promovido frente a aquélla, no sustentaron el cese del recurrente en la previa valoración y ponderación de las necesidades organizativas previamente definidas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos **sino en el mero hecho de haber entrado en vigor dicho Plan**, motivación claramente insuficiente a la luz de lo anteriormente argumentado.

III.E. Médicos de Zona y de Cupo. Exclusión correcta

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 8-1-2013, rec. 1307/2012.^{18 y 19}

La Sentencia de instancia se basaba en sentencias del mismo TSJ²⁰ que estimaron el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución²¹ por la que se publicaba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del ICS, y declaró nulo de pleno derecho el apartado correspondiente del PORH de 16.7.2008, modificado posteriormente por

18 Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente. En el mismo sentido las sentencias de 8/01/2013, rec. 1307/, 1635, 1795, 207, 1697/12 (ponente: Vicente Conde Martín de Hijas); ss. 23/01/13, rec. 1900 (ponente Vicente Conde Martín de Hijas; S.26/02/2013, rec. 4337/11, ponente Nicolás Maurandi Guillen; ss. 5/03/2013, rec. 6300/2011, ponente Vicente Conde Martín de Hijas; 11/03/2013, 1634/2012, Ponente Jorge Rodríguez Zapata, y 4 de abril de 2013, rec. 1341/2012, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas.

19 Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 11-3-2013, rec. 1634/2012. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge

20 Sentencia 630 de 23 de mayo de 2011, resolvió el recurso núm. 339/2009.

21 de 25 de junio de 2008.

Resolución de 2.9.2008.²² Al mismo tiempo sostenía que en cuanto a la condición del actor como médico especialista de cupo y zona (contingente) afirma con invocación del artículo 14 de la Constitución que se produce una discriminación por su vínculo jurídico con el ICS.

La justificación se encuentra en el citado POHR que contiene un Apartado 4 que se intitula “**Análisis de las Plantillas y justificación de las medidas incluidas en el Plan de Ordenación**”, cuyo punto 4.1.4 es del siguiente tenor:

«Presencia en la plantilla del ICS de categorías profesionales no integradas en el nuevo modelo asistencial de la atención primaria.

Integran la plantilla del ICS un total de 1.222 profesionales, que perciben sus retribuciones por el sistema de contingente y zona. Prestan sus servicios en categorías o especialidades propias de la atención primaria (médico de familia, pediatría, comadronas, practicantes, odontólogos, radioagnóstico neuropsiquiatría, análisis clínicos y ginecología y tocología) un total de 723 profesionales. Los 499 profesionales restantes son especialistas de contingente que prestan servicios en el ámbito de la primaria, en especialistas correspondientes a atención hospitalaria.

Hay que favorecer la integración de estos 723 profesionales en el modelo asistencial actual de la atención primaria, dado que este proceso permitiría la optimización de recursos humanos al favorecer la redistribución de las cargas de trabajo entre los profesionales de los equipos de atención primaria a que se integren. (El valor otorgado de forma convencional a la prestación sanitaria de los médicos de familia de contingente en el estudio de cargas de trabajo es equivalente al 60% de lo que se otorga a un médico de familia integrado en los EAP).

De igual modo hay que realizar todas las acciones posibles para favorecer la integración de los 499 especialistas de contingente que prestan sus servicios en los CAP II, al tratarse de especialidades que no forman parte de las que corresponden al modelo de atención primaria, mediante la integración de la especialidad correspondiente

en los hospitales respectivos de referencia.

Esta integración permite hacer homogéneas las condiciones de trabajo con las del resto de profesionales del ICS, así como mejorar la prestación de las especialidades al situarse dentro del ámbito organizativo de los servicios correspondientes del hospital de referencia con una mayor dotación de medios humanos y materiales para hacer frente a la atención sanitaria de la correspondiente especialidad.

La integración del personal de contingente permitiría también la generalización de las políticas de incentivación y de promoción profesionales de las que actualmente este personal está excluido (dirección por objetivos, carrera profesional y exclusividad) por el II Acuerdo de condiciones de trabajo de 19 de julio de 2006. La distribución territorial y por especialidades de este personal se presenta en las tablas y gráficos siguientes: (Tabla) ».

El recurrente sostiene que: el nuevo Plan no puede ser aplicado por la resolución impugnada, que declara al actor en situación de jubilación, ya que éste disfrutaba de una prórroga en el servicio activo autorizada con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo PORH, resultando su mantenimiento en **activo un derecho consolidado** que debe ser respetado. Alega el principio de **irretroactividad de los actos administrativos está regulado en el artículo 57 de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre. El ICS sostiene que no existe retroactividad, pues es bien conocida la jurisprudencia que establece que el funcionario tiene un régimen de prestación de servicios **de carácter estatutario, regulado normativamente y por tanto modificable** por los mismos procedimientos normativos, sin que haya un derecho del personal estatutario a mantener congelado su régimen jurídico de prestación de servicios en los mismos términos en que se encontraba al iniciar su relación de trabajo.

Reitera que la sentencia impugnada comete el error, dicho en términos de defensa, de considerar que el mantenimiento en el servicio activo más allá de los 65 años **constituye un derecho consolidado del recurrente**, cuando, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala ya mencionada, la edad de jubilación, y por tanto el mantenimiento en el servicio activo, no es más que **una expectativa**, pero no un derecho consolidado.

El artículo 57 de la Ley 30/1992, relativo a la

²² Este Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación número 4462/2011, y en la sentencia de 7 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de casación número 4586/2011, ha confirmando la validez del PORH.

retroactividad de los actos administrativos. La Sentencia de instancia no tomó en consideración el artículo 57 de la Ley 30/1992. La Sentencia de instancia entendió que se estaba aplicando, tal y como señala la parte actora, el Plan de forma retroactiva a una situación ya resuelta, y ello aunque la Administración invocara que ya se advertía que la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo era provisional. **El precepto al que alude el recurrente en casación para justificar su recurso, no fue oportunamente invocado en el proceso o considerado por la Sala sentenciadora, por lo que constituye claramente una cuestión nueva**, que no fue oportunamente alegada en la instancia, y sobre la que, por tanto, no ha podido pronunciarse la Sala a quo. Tal cuestión nueva no puede servir como fundamento de un motivo de casación.

En el segundo motivo de casación denuncia la administración que la sentencia de instancia vulnera el art. 207.2 ° y 3° LEC, **al justificar la falta de cobertura de la resolución administrativa en el pronunciamiento de unas sentencias de esa misma Sala, núm. 630 y 631, de 23 de mayo de 2011, (recursos num. 339/2009 y 210/2009, respectivamente) y núm. 679, de 1 de junio de 2011 (recurso núm. 2217/2008), cuando estas sentencias no son firmes, al haberse presentado recurso de casación contra cada una de ellas .**

Para el TS **la sentencia recurrida no se sustenta en una suerte de ejecución provisional de una sentencia que entonces no era no firme, sino en la constatación de que el vicio que determinó la nulidad del Plan de Ordenación de Recursos Humanos se transmitía y afectaba también al acuerdo por el que se jubilaba al recurrente.**

Concluye que queda acreditado que apartados no anulados provisionalmente del PORH sí dan cobertura normativa suficiente a la decisión del ICS de considerar que no tiene necesidades en su organización que justifiquen la continuidad en el servicio activo del demandante más allá de la edad general de jubilación forzosa.

En el cuarto motivo plantea el Instituto Catalán de la Salud que se ha infringido el art. 26.2 de la Ley 55/2003, al considerar que dicho precepto impide excluir de la posibilidad de prórroga en el servicio activo al personal sometido al régimen de cupo y zona.

En palabras del recurrente es evidente que dicho artículo no establece ninguna restricción en cuanto a la determinación del personal cuyo mantenimiento

en servicio activo más allá de la edad general de jubilación forzosa pueda ser considerado o no necesario por el servicio de salud.

Afirma que serán las necesidades del servicio de salud las que lleguen a determinar qué personal puede o no seguir en activo más allá de la edad general de jubilación a los 65 años, sin que se pueda “ab initio” excluir ningún colectivo de ninguna medida a este respecto, ni para excluirlo de la posible autorización pero tampoco para excluirlo de una eventual denegación, como afirma la sentencia impugnada.

Afirma que si el PORH correspondiente, como es el caso, justifica sobradamente en términos de eficiencia, eficacia y en coherencia con los objetivos en el establecidos, que no es necesaria para la organización la continuación en el servicio activo más allá de la edad general de jubilación forzosa del personal que presta sus servicios en el régimen de cupo y zona, la decisión del servicio de salud de denegar dicha prórroga no supone un incumplimiento al art. 26.2 de la Ley 55/2003, sino todo lo contrario, ya que está condicionando su decisión a las necesidades de la organización, articuladas en el marco de un PORH.

Sostiene que en virtud de su potestad autoorganizativa, corresponde a la Administración determinar las necesidades de su servicio de salud, y salvo que éstas sean manifiestamente arbitrarias o irracionales, los tribunales de justicia no pueden intervenir en su determinación.

Indica que de acuerdo con el art. 26.2 de la Ley 55/2003 y según la interpretación dada al mismo por este Alto Tribunal en las mencionadas sentencias, el personal estatutario tiene derecho subjetivo a la prórroga en el servicio activo, pero este derecho subjetivo no es absoluto, sino condicionado a las necesidades de la organización, que deben estar motivadas por la organización en un PORH.

Apunta que en la sentencia de 13.10.2010, este Alto Tribunal ha manifestado que la capacidad autoorganizativa de la Administración “*es una amplia libertad (...) para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa y para establecer una prioridad entre ellas, como también para elegir las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades.*”

Reitera que a lo largo del apartado 4.1.4 del PORH se exponen diversas circunstancias derivadas del mantenimiento del régimen específico del perso-

nal de contingente y zona, sin que hayan sido ni tan sólo puestas en duda, no ya por la demanda, sino ni siquiera por la sentencia impugnada.

Destaca la Administración que figura cómo el valor otorgado de forma convencional a la prestación sanitaria de los médicos de contingente en el estudio de las cargas de trabajo es equivalente al 60% del que se otorga a un médico integrado en los equipos de atención primaria.

Argumenta que la jubilación del personal de contingente y zona, con una dedicación asistencial efectiva de tan sólo 12'5 horas semanales, permite que su plaza pueda ser transformada en una plaza a ocupar por un facultativo sometido al régimen establecido en el Decreto autonómico 84/1985, y por tanto, con una dedicación semanal de 36 horas.

Concluye afirmando que son evidentes las razones de racionalización de los recursos humanos de la organización sanitaria en términos de eficiencia y rentabilidad expuestos en el PORH, que justifican, en los términos del art. 26.2 de la Ley 55/2003, la ausencia de necesidades en la organización para la continuidad en servicio activo del personal de contingente y zona más allá de la edad general de jubilación forzosa, y por tanto, su exclusión de la posibilidad de obtener dicha prórroga.

La respuesta a la cuestión planteada en el actual motivo está íntimamente ligada y condicionada por la interpretación que del citado artículo 26.2 de la Ley 55/2003 hemos hecho en nuestra reciente **Sentencia de fecha 8 de enero de 2013**, dictada en el Recurso de casación num. 207/2012, seguido entre las mismas partes, de ahí que la remisión a los argumentos de la misma, sin necesidad de reiterarlos aquí sea suficiente para la decisión del presente motivo

En los Fundamentos de Derecho Undécimo y Duodécimo de la citada sentencia se aborda la interpretación del art. 26.2 de la Ley 55/2003 en términos que deben darse aquí por reproducidos, que conducen, en síntesis, a la afirmación de que **dicho artículo no establece un derecho incondicionado de prórroga del servicio activo hasta los 70 años; que tampoco establece el que, otorgada la prórroga, ésta debiera alcanzar necesariamente hasta esa edad, ya que la cláusula limitativa de la prolongación en el servicio activo del recurrente en dicha sentencia examinada era conforme a derecho; y que dicha cláusula limitativa no suponía una aplicación retroactiva del PORH al que se refería.**

Exigencias de unidad de doctrina, inherentes a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), imponen aquí reiterar ese criterio interpretativo del art. 26.2 cuestionado. Partiendo de esa base, y puesto que la estimación del recurso num. 207/2012 ha determinado la subsistencia de la cláusula limitativa de la prolongación de la situación de servicio del Sr. Daniel y que en el momento de dictar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la resolución que en el presente proceso se impugna se ha aprobado el PORH al que la referida cláusula limitativa aludía; y que en la valoración de las necesidades organizativas expresadas en dicho PORH (cuya validez, pese a la inicial anulación por la Sala a quo ha sido convalidada en nuestras sentencias citadas más detrás) se prevé la jubilación forzosa respecto a la situación en la que se encuentra el Sr. Daniel, es visto que la resolución que éste impugna, en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, resulta plenamente ajustada al art. 26.2 de la Ley 55/2003 y al referido PORH. Por ello debe estimarse el motivo que analizamos y por ende el recurso de casación con la consecuente anulación de la Sentencia recurrida.

III.F. Tribunal Constitucional Pleno, A 23-4-2013, rec. 6611/2012

1. Resumen

El TC considera que la Ley catalana de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas de 2012, al regular la jubilación del personal sanitario en Cataluña, no vulnera la Constitución. La Administración autonómica podrá valorar y determinar, como excepción a la norma general que establece la jubilación forzosa a los 65 años, la posibilidad de autorizar una prórroga laboral hasta un máximo de 70 años, pues lo contrario supondría impedir al legislador autonómico la valoración de las necesidades de interés general sobre las que tiene competencia (FJ 5 y 6).

2. Contenido del Auto

a) Objeto:

Mediante Auto de 24 de octubre de 2012, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad 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.

3. Antecedentes de la cuestión:

a) El recurrente en el proceso a quo, médico con nombramiento estatutario fijo solicitó el 20 de julio de 2010 y antes de cumplir 65 años la autorización para continuar en servicio activo al amparo de 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. Solicitud que fue denegada por el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud, denegación confirmada mediante desestimación expresa del recurso de reposición interpuesto por el interesado.

b) Contra ambas resoluciones se interpuso en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo, solicitándose en el otrosí la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida a fin de permitir al recurrente continuar en el servicio activo. Mediante Auto de 14 de octubre de 2011, confirmado por otro posterior de 30 de noviembre de 2011, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña **acordó suspender la ejecución** de la resolución administrativa impugnada y, en consecuencia, autorizar al recurrente a continuar en el desempeño del puesto que ocupaba.

c) Mediante resolución de 24 de abril de 2012 el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud acordó resolver la autorización de prolongación del servicio activo y declarar la jubilación forzosa del recurrente con efectos de 31 de mayo de 2012, al amparo de lo establecido en 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. Planteada demanda incidental solicitando la nulidad de dicha resolución administrativa, la misma fue estimada por Auto de 20 de junio de 2012, confirmado por otro posterior de 18 de julio de 2012, que no sólo declaró la nulidad de la resolución de 24 de abril de 2012 sino que, a instancia del Instituto Catalán de la Salud, tuvo por formulada

solicitud de modificación de las medidas cautelares inicialmente adoptadas.

d) Pendiente de resolver el citado incidente de modificación de las medidas cautelares el órgano judicial dictó una providencia el 25 de julio de 2012 por la que confiere a las partes y al Ministerio Fiscal la posibilidad de formular alegaciones sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, atendida la distribución competencial de los arts. 149.1.18, 17, 16 y 13 CE, pues es relevante para la resolución sobre la modificación de la medida cautelar solicitada determinar si debe prevalecer la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 (interpretada en la misma línea que la disposición adicional decimotercera de la misma norma) o el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que tiene carácter básico y que es la que propugna el recurrente, “en tanto que la redacción de aquella norma autonómica no es coincidente con la norma básica estatal”. Igualmente, “teniendo en cuenta la incidencia de la planificación de la jubilación que afecta tanto a la planificación general de la actividad económica, por ser las retribuciones de los funcionarios en activo un gasto de personal, como a la caja única de la seguridad social, a partir del momento en que se declara la jubilación del personal estatutario-en este caso forzosa- y partiendo de que el desarrollo normativo de las leyes básicas ha de ser acorde con las mismas, procede también conceder la misma audiencia de diez días al Abogado del Estado y al Letrado de la Seguridad Social, a fin de que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

La anterior providencia fue complementada por otra de 27 de julio de 2012 por la que se acuerda notificar la providencia anterior al Letrado de la Generalitat de Cataluña, con reapertura del plazo inicialmente concedido a todas las partes para formular alegaciones. La parte actora solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y en el mismo sentido se pronunciaron el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Seguridad Social. Por el contrario, el Instituto Catalán de la Salud, el Abogado del Estado y la Abogada de la Generalitat de Cataluña se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) El órgano judicial dictó Auto de 24 de octubre de 2012 por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la dispo-

sición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo ²³, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, “por entender que no respeta la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, en concreto el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco de los Servicios de Salud”.

f) En cuanto al contenido del Auto de promoción importa destacar lo siguiente: Tras exponer los hechos de los que trae causa la presente cuestión el órgano judicial formula el juicio de relevancia señalando que el debate trabado tiene su razón de ser en el incidente de modificación de medidas cautelares promovido por el Instituto Catalán de Salud. Respecto a la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en este momento procesal el Auto alude a la doctrina del ATC 467/2007 que entiende aquí de aplicación. Señala que, en este caso, concurre la circunstancia de que la norma cuestionada afecta al caso, ya que, por un lado, la decisión del Instituto Catalán de la Salud, revocando la inicial medida cautelar, se acordó en cumplimiento de lo dispuesto en la norma que se cuestiona y, por otro, la resolución del incidente de modificación de medidas cautelares planteado por el Instituto Catalán de Salud, se basa en la aplicación de la Disposición Transitoria Novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, en cuanto que se trata de una norma imperativa y de obligado cumplimiento para todas las autorizaciones ya concedidas. Seguidamente se descarta la alegación del Instituto Catalán de Salud en relación

23 Disposición Transitoria Novena. Prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y al personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud

Durante los tres años siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, no se autorizan prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y se resuelven las prolongaciones ya autorizadas en el plazo máximo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Gobierno considere que es preciso autorizarlas o mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Asimismo, las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud deben resolverse en el plazo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos.

con el indeseable efecto de paralización de otros procesos que podría provocar la admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues la doctrina citada se refiere a los casos en los que el Tribunal Constitucional estima que una cuestión de inconstitucionalidad es manifiestamente infundada.

(...) Señala también el Auto de planteamiento, aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, que estamos *ante un derecho subjetivo del funcionario pero que no le es reconocido de manera absoluta sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio, recayendo sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas*. El Auto se refiere seguidamente a las **competencias autonómicas en la materia, reconocidas en el art. 136.a) y b) EAC, que han de interpretarse de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 82, así como a la doctrina de la STC 172/1996, de 31 de octubre, para** indicar que la duda de constitucionalidad que plantea no se refiere a la falta de concordancia literal de las normas estatales y autonómicas, sino a la razón de fondo por la cual el órgano judicial entiende que la norma autonómica “pudiera no respetar el sentido y alcance que se desprenden del contexto sistemático y de la finalidad como norma básica”. Añade el órgano judicial que no se cuestiona la competencia de la Generalitat para legislar en materia de función pública, atendiendo a sus propios intereses, sino averiguar si tales intereses tienen o no cabida en los que persigue la norma básica. En ese sentido el órgano judicial indica que una comparación del texto de la Ley 55/2003 y de la disposición transitoria novena evidencia, de entrada, que esta norma autonómica **ha eliminado la referencia al plan de ordenación de recursos humanos, instrumento definido en los arts. 13 y concordantes de la Ley 55/2003**.

Descarta la Sala al respecto que, frente a lo alegado por el Instituto Catalán de la Salud, sea de aplicación lo dispuesto en el art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público por la especificidad, tanto del art. 26.2 de la Ley 55/2003 como del propio personal estatutario y de la regulación de los servicios sanitarios autonómicos, señalando que la clave reside en que la exigencia de que la denegación o autorización de la prolongación del servicio activo se haga “**en función de las necesidades de la orga-**

nización articuladas en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos” haya sido respetada por la normativa autonómica. Comparando la redacción del precepto cuestionado con la del art. 26.2 de la Ley 55/2003 el Auto llega a la conclusión que la norma cuestionada convierte en excepcional lo que en el art. 26.2 es norma general o derecho subjetivo para admitir la prórroga del personal en dos casos, de los que considera relevante el segundo (cuando “el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos”) límite relativo a la planificación de los recursos humanos para lo que hay que valorar todo un conjunto de elementos con el fin de adecuar las dotaciones de personal a las necesidades asistenciales o de prestación del servicio sanitario a la población. En definitiva el Auto estima que la Ley 55/2003 exige por razones de legalidad y seguridad jurídica que cualquier organización y racionalización de recursos humanos obedezca a un instrumento, el plan de ordenación de recursos humanos, que no sólo es la herramienta que garantiza una organización racional y eficiente, sino que también justifica, en lo que ahora interesa, la autorización o denegación de la prórroga en el servicio activo de aquel personal que pretenda ejercer este derecho subjetivo reconocido en el art. 26.2 de la Ley 55/2003.

Distinto es el tenor de la **disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012**, en tanto que se refiere a una eventual autorización que ha de ser consecuencia de **una actividad de planificación y organización de recursos humanos**, pero omite la mención a los planes de ordenación de los recursos humanos que son los que establecen las directrices para organizar el servicio público sanitario, omisión que viene confirmada por la aplicación que la Administración ha hecho de la disposición cuestionada. Alude el Auto a la regulación de la Ley 55/2003 en relación con los planes de ordenación de los recursos humanos para reiterar que, frente a ello, la norma cuestionada se remite a unos conceptos y causas ambiguos e indefinidos, pues no resulta expreso que sean derivadas de la “planificación y racionalización de recursos humanos” y pueden responder a otros intereses distintos de aquellos que permiten conciliar el derecho subjetivo del funcionario a permanecer en el servicio activo con la necesidad de la organización

asistencial, que es la finalidad perseguida por el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Al mismo tiempo, contiene una norma temporal y excepcional que limita la prolongación en el servicio activo. Tras hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010 en la que se descartó la adopción como doctrina legal del criterio propuesto por el Instituto Catalán de Salud en el sentido de que la existencia del plan de ordenación era solamente exigible para acordar la prórroga, no para su denegación, señala que, aún en el caso de que la actividad administrativa que impone la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 se amparase en la potestad organizativa, constituiría un exceso completamente injustificado en atención a la realidad y presupuesto de la acción jurisdiccional ejercitada, teniendo en cuenta que afecta también a un derecho subjetivo esencial de la relación funcional como es la pérdida de la condición de funcionario.

En este sentido, la Sala promotora de la cuestión entiende que la norma básica estatal únicamente permite el ejercicio de la actividad discrecional en la elaboración del plan de ordenación de recursos humanos, lo que le lleva a rechazar de forma absoluta que el problema planteado pueda ser resuelto por vía interpretativa, dados los términos y finalidad de la disposición cuestionada que no casan con los términos y la finalidad del art. 26.2 de la Ley 55/2003, y en la medida en que la aplicación de uno de estos preceptos excluye la aplicación del otro. Concluye el Auto afirmando el órgano judicial que la norma cuestionada es aplicable al incidente de modificación de las medidas cautelares, al contener una norma transitoria desee el momento de su entrada en vigor y hasta que transcurra el período de tres años, lo que también afectará a la sentencia que pueda recaer en el proceso a quo.

g) Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal, de fecha 26 de febrero de 2013, se acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la **admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada**. 5. El 22 de marzo de 2013 el **Fiscal General del Estado presentó** su escrito de alegaciones sugiriendo la **inadmisión** a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que la norma cues-

tionada no sería aplicable al objeto del proceso y que carecen manifiestamente de fundamento las dudas suscitadas por el órgano judicial que la ha promovido. Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada, el tenor literal del precepto cuestionado y el de la norma estatal que se reputa infringida, hace referencia al contenido del Auto de planteamiento así como al cumplimiento de las condiciones procesales exigidas por el art. 35.2 LOTC, salvo lo referente al momento procesal en que se plantea la cuestión cuyo examen deja para un momento posterior, y, así, entiende que el órgano judicial ha fijado el precepto legal aplicable sobre el que alberga dudas de constitucionalidad, con expresión de sus razones y ha dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. Alude a continuación el Ministerio Público a la doctrina constitucional sobre el carácter manifiestamente infundado de las cuestiones de inconstitucionalidad señalando que en el presente caso el razonamiento que fundamenta el planteamiento de la cuestión permite apreciar que la duda de constitucionalidad se basa en una **interpretación errónea de la misma o que la norma no es aplicable para la resolución de la controversia controvertida** en el proceso contencioso administrativo que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Señala que, previamente, a esta cuestión ha de analizarse la **temporiedad** del planteamiento pues se ha planteado en un momento anterior al de dictar sentencia, con ocasión de la solicitud por el Instituto Catalán de la Salud de la modificación de una medida cautelar adoptada previamente por el órgano judicial. Concluye, tras hacer referencia a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, que la resolución de la pieza separada de medidas cautelares no es una decisión de mero trámite, sino que afecta al proceso principal y tiene sustantividad propia respecto de éste, por lo que puede aceptarse que el momento procesal elegido por el órgano judicial para el planteamiento de la cuestión es el adecuado. Para el Fiscal General del Estado la duda de constitucionalidad que se plantea no es otra cosa que una posible **interpretación de la legalidad ordinaria** en materia de autorización o denegación de prolongaciones en el servicio activo del personal estatutario del Instituto Catalán de Salud, por cuanto la norma autonómica no respetaría la finalidad y presupuestos señalados en la base estatal, constituida por 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, para resolver las peticiones de prolongación del servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación a los 65 años. A juicio de la Sala cuestionante la ausencia en la disposición cuestionada de referencia alguna al plan de ordenación de recursos humanos impide que la resolución administrativa que pueda recaer pueda fundarse en motivos incluidos en el mencionado plan, obviando así el criterio que, conforme a la base estatal, ha de servir de guía a la respuesta de la Administración.

El Fiscal General del Estado señala que en el presente caso nos hallamos ante **un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta**, debiendo compartirse con el órgano judicial el carácter básico de la norma estatal con la cual, a juicio del mismo, entraría en contradicción la norma autonómica. En este sentido, cita la doctrina constitucional de las SSTC 1/2003 y 31/2010, señalando que el Estatuto de Autonomía de Cataluña, al formalizar la competencia autonómica como compartida, presupone la plena virtualidad de la competencia del Estado en la materia (art. 149.1.18 CE). De esta manera, siendo el art. 26.2 de la Ley 55/2003 regulador de la jubilación de los funcionarios públicos, a los que se asimilan el personal estatutario de los servicios de salud, y la posible prolongación en el servicio activo de los mismos, con el carácter de norma básica es al Estado al que corresponde normar la materia, debiendo el legislador autonómico respetar las bases establecidas por la norma estatal sobre jubilación y prolongación del servicio activo. Indica el Ministerio Público que, ambas normativas la estatal y la autonómica, representada por la disposición adicional decimotercera de la Ley 56/2012, recogen la posibilidad de prolongación de permanencia en el servicio activo de aquel que, cumpliendo una serie de requisitos, le sea autorizada por el servicio de salud correspondiente en el marco de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. En ambos casos se exige una resolución administrativa que acuerde la denegación o la autorización motivada en relación con lo dispuesto en el mencionado plan.

La finalidad de la prolongación en el servicio activo responde así a las necesidades de personal derivadas de la organización y adecuada prestación del servicio público de salud. De todo ello

concluye que el sistema de prolongación en el servicio activo por el personal estatutario de los servicios de salud es regulado **de manera semejante, sino igual, tanto por la norma legal estatal como la autonómica**. Alude el Fiscal General del Estado a los motivos que llevaron al Parlamento de Cataluña a aprobar la Ley 5/2012, de los que destaca **los relacionados con la rebaja y contención del gasto público, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la Unión Europea**. Entre dichas medidas de contención del gasto figura la no autorización de prolongaciones al personal funcionario de la Generalitat y la resolución de las ya autorizadas para el personal del Instituto Catalán de la Salud, a salvo de que la prolongación resulte necesaria para causar derecho a la pensión de jubilación o que se considere necesario mantener las autorizaciones por causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos. Con ello el Parlamento de Cataluña habría legislado sobre función pública con respeto a las normas básicas estatales. Expone a continuación el contenido de la duda de constitucionalidad planteada por la Sala proponente, señalando que la misma pivota sobre la incidencia de la disposición legal cuestionada en el mantenimiento de la medida cautelar inicialmente adoptada en el proceso a quo, pues considera que la ley habilitaría a la administración autonómica a poder dictar una resolución respecto a la prolongación o denegación de la permanencia en el servicio activo del solicitante, sin necesidad de motivar la denegación y por causas o motivos ajenos a la planificación de las necesidades de la organización.

Señala que el juicio de relevancia planteado por el órgano judicial se basa en la consideración de que, si bien no han variado las circunstancias fácticas de la medida cautelar, sí que ha variado el régimen aplicable, pues obliga a dejar sin efecto las prolongaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor, omitiendo toda referencia al plan de ordenación de recursos humanos. Sin embargo, a juicio del Ministerio Público, la promulgación de la Ley 5/2012 no hace inviable el mantenimiento de la medida cautelar. Argumenta al respecto que la adopción de la medida cautelar se fundó en la necesidad de que las jubilaciones que se declaren cuenten con la cobertura de un plan de ordenación de recursos humanos, por lo que la jubilación acordada en el caso a quo no tendría esa cobertura en atención al momento en el que se adoptó. Además añade que el pre-

supuesto de hecho del que parte la norma autonómica cuestionada es la existencia de una autorización administrativa de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, mientras que el objeto del recurso contencioso-administrativo es una resolución administrativa que denegó la prolongación en el servicio activo del recurrente. Para el Fiscal General del Estado lo expuesto conduciría a que la norma autonómica cuestionada no sería aplicable al caso concreto en el que se plantea la duda de constitucionalidad, lo que conllevaría la inexistencia de uno de los presupuestos legales exigidos por el art. 35.2 LOTC para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad, como es que se trate de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo. Por último el Fiscal General del Estado señala que discrepa de la conclusión a la que llega el órgano judicial que entiende asimilada la situación producida con la adopción de la medida cautelar con la prevista en la norma que cuestiona.

Estima que, aun aceptando dicha conclusión, la norma autonómica no impediría al órgano judicial dictar una resolución en el sentido interesado por el recurrente, dado que la norma autonómica no establece de manera automática la revocación de las prolongaciones autorizadas, sino que permite el mantenimiento de esa situación si se dan determinados requisitos que pueden ser objeto de valoración judicial. Tampoco el silencio de la norma estatal sobre las revocaciones permitiría suponer que las distintas administraciones autonómicas no puedan revocar autorizaciones de prolongación del servicio ya concedidas a partir de las necesidades de recursos humanos. De esta manera, concluye el Fiscal General del Estado, no se apreciaría una contradicción insalvable entre la norma legal estatal y el precepto legal autonómico, que admite una interpretación conforme con el art. 26.2 de la Ley 55/2003, por lo que el planteamiento de la cuestión sería infundado.

III.G. Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad 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 administrati-

vas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos EDL2012/34486, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE EDL1978/3879 en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre EDL2003/149845, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. El precepto, en el inciso cuestionado, establece: Disposición Transitoria Novena. Prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y al personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud. Asimismo, las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud deben resolverse en el plazo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Por su parte, el precepto que el órgano judicial entiende vulnerado, el art. 26.2 de la Ley 55/2003 dispone:

“Artículo 26. Jubilación.

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. Como ha quedado expuesto en los antecedentes el órgano judicial estima que la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 no ha respetado la normativa básica dictada por el Estado al amparo del título competencial del art. 149.1.18 CE que, en el caso concreto, sería el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Tal vulneración se produciría porque el precepto impugnado omitiría la exigencia de la norma básica estatal en el sentido de que las resoluciones acerca de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud se adopten en el marco previamente definido por los planes de ordenación de recursos humanos. El Fiscal General del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC se ha

opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por entender que no se ha formulado adecuadamente el juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC, así como por considerarla notoriamente infundada.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del asunto planteado, la cuestión planteada resulta **notoriamente infundada** en el significado que a esta noción le viene dando la doctrina de este Tribunal (por todos, AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2, y 32/2009, de 27 de enero, FJ 3), en atención a las siguientes razones. La duda planteada por el órgano judicial **tiene carácter netamente competencial**, pues lo que está planteado es que el precepto legal autonómico, la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, contradice lo dispuesto en la normativa básica estatal, en este caso el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que operaría como canon de constitucionalidad del mismo. **La Ley autonómica no habría respetado la exigencia contenida en el citado art. 26.2 que, como presupuesto legal, exigiría que la denegación o autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud se resuelva “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.** Se trata de un supuesto de lo que nuestra doctrina denomina (por todas, STC 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 8 y las allí citadas) **inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, dado que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias precisamente por infringir la normativa estatal básica.**

Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de **dos circunstancias: que la norma estatal que se afirma infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que esa contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.**

TERCERO.- Antes, sin embargo, de iniciar la comprobación anunciada hemos de precisar el encuadramiento competencial de la cuestión que consideramos en el sistema material de distribución de competencias. A este respecto, dado que se refiere a la jubilación del personal estatutario del Sistema

Nacional de Salud, y, por tanto, a la extinción de la relación de servicio que vincula a este tipo de personal con la Administración Pública hemos de considerar que **nos hallamos en la materia** “estatuto de los funcionarios públicos”. En efecto, la STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 3 recuerda que “Hemos tenido ya la oportunidad de señalar en distintas ocasiones que, tanto la pérdida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de “estatuto de los funcionarios públicos”. En este sentido, y tal y como señalamos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c , y hemos recordado recientemente en la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8 , los contornos de este concepto, empleado por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE EDL 1978/3879▼ , “no pueden definirse en abstracto y a priori”, debiendo entenderse comprendida en su ámbito, “en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

Lo anterior puede afirmarse con independencia de que se trate del personal sanitario, pues este tipo de personal constituye, de acuerdo con el propio art. 1 de la Ley 55/2003, “una relación funcional especial”, lo que se confirma por los arts. 2.3 y 2.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público , los cuales disponen que la normativa contenida en citado Estatuto básico le es de aplicación en los términos expresados por dichos preceptos (en el mismo sentido, ATC 201/2008, de 3 de julio, FJ 4). Este carácter funcional determina el encuadramiento de las cuestiones relativas a su jubilación en el ámbito material al que ya hemos hecho referencia, en cuanto que la jubilación es una de las causas de pérdida de la condición de personal estatutario [art. 21.e) de la Ley 55/2003]. Las normas ordenadoras de este régimen estatutario de los funcionarios públicos han de ser establecidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 103.3 CE , mediante normas con rango de Ley y en tal sentido lo hemos declarado (al respecto, STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5, la cual remite a la doctrina establecida en la STC 99/1987, de 11 de junio). La clave para determinar en nuestro Estado autono-

co qué legislador es el competente para cumplimentar la reserva de ley en relación con el estatuto de los funcionarios públicos está contenida en el art. 149.1.18 CE.

A tenor de este precepto el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, y, por tanto, también de sus aspectos relativos a la jubilación, mientras que a Cataluña, le corresponde, en virtud del actual art. 136.b) de su Estatuto de Autonomía, la competencia compartida para el desarrollo de algunos aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos (empleo público; adquisición y pérdida de la condición de funcionario; situaciones administrativas; derechos, deberes e incompatibilidades), atribución que ha de entenderse con el sentido y alcance expresado en la STC 31/2010, de 28 de septiembre, FJ 82, del que resulta que la formalización de la competencia autonómica como compartida presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado en la materia.

CUARTO.- Así encuadrada la cuestión y planteándose un problema de inconstitucionalidad mediata o indirecta lo primero que hemos de hacer es determinar el carácter básico, en el doble sentido material y formal, de la norma estatal que el órgano judicial entiende vulnerada. A este respecto ninguna duda cabe de que la norma estatal es básica desde la perspectiva formal, pues con tal carácter se proclama en la disposición final primera de la Ley 55/2003 y lo mismo sucede desde la perspectiva material, ya que la normación relativa a la pérdida de la condición de funcionario, en este caso, mediante la jubilación, se incluye con naturalidad dentro de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, que han de ser establecidas por el Estado, conforme al art. 149.1.18 CE. En definitiva, no cabe sino afirmar que la normativa estatal que nos ocupa ha sido dictada con adecuación a la competencia sobre las bases que la Constitución reserva al Estado en su art. 18 149.1.18 pudiendo, por tanto, operar como canon de constitucionalidad. Una vez comprobada la naturaleza básica de la norma estatal, debemos examinar a continuación si, como se afirma en el Auto de planteamiento, resulta ser contradicho por el precepto cuestionado o si, por el contrario, tal contradicción no existe. En este sentido debemos partir de que el artículo 26.2 establece la jubilación forzosa del personal estatutario a los sesenta y cinco años, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar una prolongación de la situación en ser-

vicio activo en determinados supuestos regulados en los apartados 2 y 3 del artículo 26 y en la disposición transitoria séptima. En particular nos interesa el previsto en el art. 26.2, segundo inciso, respecto del que es importante ahora destacar que **la prolongación en el servicio activo en él prevista no opera de forma automática, sino que exige una autorización del servicio de salud “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.**

Es decir, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que tales razones se expliciten en la resolución autorizatoria. De la legislación de carácter básico se deduce así una regla general que categóricamente establece la jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los 65 años de edad, momento en que “se declarará la jubilación forzosa” (art. 26, apartado 2, inciso primero) y una posibilidad excepcional de prolongar la permanencia en servicio activo supeditada a varios condicionantes, tal como resulta del inciso segundo del mismo precepto. En efecto, el párrafo segundo del artículo 26.2 del Estatuto Marco, que aquí se entiende vulnerado, requiere cuatro requisitos para obtener la prolongación en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años:

- 1) La voluntariedad del interesado de continuar en servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, expresada mediante la correspondiente solicitud formal.*
- 2) La limitación temporal de solicitar la prolongación, como máximo, hasta los setenta años de edad.*
- 3) Reunir la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.*
- 4) La autorización por el servicio de salud correspondiente en función de las necesidades de la organización articuladas en un plan de ordenación de recursos humanos, erigido así en instrumento definidor, a estos efectos, de las necesidades de la organización sanitaria. De esos cuatro requisitos se infiere sin dificultad que, como apunta el Fiscal General del Estado, la finalidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo responde a las necesidades de personal derivadas de la organización y de la adecuada prestación del servicio público sa-*

nitario a la población. Directa relación con esta previsión básica guarda la disposición adicional decimotercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, intitulada “Jubilación forzosa del personal del Instituto Catalán de la Salud”, según la cual la jubilación forzosa del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud se declara de oficio cuando la persona interesada cumple los sesenta y cinco años de edad, estableciendo que la prolongación en el servicio activo hasta los setenta años de edad, con la solicitud previa de la persona interesada, solamente puede autorizarse en casos tasados entre los que se encuentra el contemplado en su letra b) “**Excepcionalmente, por necesidades asistenciales, mediante una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud que atienden a motivaciones específicas de necesidad asistencial al territorio o por el prestigio profesional de la persona interesada.**”

De esta manera, en la no cuestionada disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012 el legislador catalán, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo normativo en el ámbito de la función pública y más específicamente en relación con el personal estatutario del servicio autonómico de salud, está precisando, mediante la exigencia de una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud, los dos supuestos que, a estos efectos, habrán de tenerse en cuenta para acordar la prolongación en el servicio activo, de suerte que ésta únicamente será posible por concretas necesidades asistenciales en el territorio o en atención al prestigio profesional del solicitante. Es decir, en el mismo sentido que expresa la base estatal, **requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que dichas razones encuentren su fundamento en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud.**

QUINTO.- En dicho marco legal es el que se inscribe la previsión cuestionada que dispone la resolución de las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud salvo que se considere preciso mantenerlas por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Previsión que el órgano judicial estima contraria a la base estatal por entender que tal decisión respecto a la prórroga de

la permanencia en el servicio activo únicamente es susceptible de ser adoptada en el marco de un plan de ordenación de los recursos humanos elaborado y aprobado con arreglo a lo dispuesto en el propio Estatuto Marco. Conforme hemos expuesto con anterioridad, la norma autonómica ahora cuestionada sería objetable constitucionalmente por desconocer la norma básica estatal si la misma comportara una quiebra significada de la mencionada regla básica, de modo que pusiera en cuestión la regulación que, sobre la jubilación del personal estatutario ha fijado el legislador básico. Sin embargo, conviene advertir que los cuatro elementos que integran la base estatal del segundo párrafo del art. 26.2 de la Ley 55/2003 no se ven contradichos por la regulación autonómica, que perfila así un elemento que estaba ya incluido en la norma estatal, el interés en cesar la relación estatutaria a partir de una determinada edad del personal. Así, debemos partir de la premisa fundamental de que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional, correspondiéndole a la Administración valorar o determinar la posibilidad de autorizar la prórroga.

Esto es, ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos, sin que, por lo demás, pueda sostenerse que las decisiones en torno a la planificación y organización de los recursos humanos no hayan de tener necesariamente en cuenta, entre otros factores, las disponibilidades presupuestarias, a las que hace expresa mención en la exposición de motivos de la Ley 5/2012. Es decir, dicho artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse, pero eso no significa que ese criterio sea el único y excluyente, ni que el mismo no pueda ser modulado por el legislador autonómico competente por razón de la materia. La base estatal establece una regla con vocación de aplicación uniforme en todo el territorio nacional, siempre dejando un margen de actuación a las Administraciones competentes para adecuar tal aplicación a las necesidades existentes, coherenciando la finalidad del servicio público de salud y su carácter esencial para la población, con las necesidades organizativas en un contexto como el presente de restricción y racionalización del gasto público que determina la necesidad de adoptar “una estrategia de racionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración catalana”, tal como

la ya citada exposición de motivos de la Ley 5/2012 pone de manifiesto.

Por otra parte la mención de la base estatal a los planes de ordenación de recursos humanos no puede ser entendida en un sentido excluyente de la intermediación del legislador autonómico, el cual, en ejercicio legítimo de sus competencias de desarrollo normativo en relación con el personal estatutario, podrá, como efectivamente ha hecho, condicionar la actuación de la administración sanitaria a la hora de planificar sus recursos humanos, estableciendo criterios normativos que, incorporados a los instrumentos de planificación de los recursos humanos, hayan de regir las decisiones de la administración sanitaria en relación con la permanencia en el servicio activo del personal estatutario que ha superado la edad prevista para jubilación. Eso es lo que ha decidido el legislador autonómico en la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012, con la que la ahora cuestionada guarda una inescindible relación, al predeterminar los supuestos en los que es posible acordar la prórroga solicitada, remitiendo su motivación expresa a las causas previstas en el correspondiente plan de ordenación de recursos humanos, de forma que tal prórroga solamente resultará posible en los términos del mencionado plan. Y lo mismo cabe decir de las causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos a las que alude la disposición transitoria cuestionada, ya que esta mención ha de ponerse en relación con la disposición adicional decimotercera y su referencia explícita al ya citado plan de ordenación.

Lo contrario, es decir, una interpretación de la base estatal en el sentido de que sus mandatos, en tanto que dirigidos a la correspondiente administración sanitaria, solamente por ella pueden ser llevados a la práctica significa desconocer las competencias estatutariamente reconocidas, así como impedir al legislador autonómico realizar valoración alguna respecto a las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa en el ámbito sanitario, en atención a las necesidades concurrentes, y para establecer una prioridad entre ellas, eligiendo las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades, en particular en relación a su personal. De esta forma resulta que el inciso cuestionado no contradice lo previsto por la base estatal, en la medida en que ha de aplicarse en un marco previamente determinado por el legislador autonómico en la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012, que se refiere expresamente a las causas previstas en el Plan

de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud. En ese sentido es necesario hacer mención a la Resolución SLT/3104/2011, de 23 de diciembre, por la que se publica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (ICS) para el periodo 2012-2015, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 6 de febrero de 2012, cuyo anexo I concreta detalladamente lo que ha de entenderse a estos efectos por necesidades asistenciales así como la forma de proceder en el supuesto de profesionales médicos de reconocido prestigio.

SEXTO.- *Recapitulando lo anteriormente expuesto, hemos apreciado que la normativa estatal que se utiliza como canon en el control de constitucionalidad de la normativa autonómica tiene una indudable naturaleza básica desde la doble perspectiva formal y material. Con arreglo a tal carácter es susceptible de ser desarrollada en el ámbito de cada Servicio autonómico de salud y, en este sentido, el precepto autonómico cuestionado constituye un desarrollo de la misma conforme con ella, pues no altera la regla establecida por la norma básica. En suma, es posible concluir que, afirmado el carácter básico de la normativa estatal, no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en contradicción con sus mandatos que resulta imprescindible, en supuestos como el presente, para sostener la inconstitucionalidad del precepto autonómico, pues ambas normas son así susceptibles de ser interpretadas e integradas armónicamente. Por ello, falta aquí la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que, en los términos expuestos en el Auto de planteamiento, se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, lo que priva del necesario fundamento a la presente cuestión y determina que deba ser inadmitida a trámite.*

IV. CONCLUSIONES

a) El PORH es imprescindible para proceder a la jubilación forzosa.

b) El personal estatutario se rige esencialmente por el artículo 26.2 del Estatuto Marco. El TC no hace referencia al Estatuto Básico.

c) Se ha producido una evolución jurisprudencial que admite la impugnación directa e indirecta del PORH y que viene matizando la exigencia de motivación de éste para denegar la prolongación, aunque

es rigurosa en que la motivación de la denegación se ajuste a la previsión de aquel.

d) Se admite por el TC la posibilidad de que una ley niegue el derecho a la jubilación por motivos económicos, lo que posibilita una gran discrecionalidad y diversidad en la regulación de cada CCAA.