

Juan Fco. Fernández Reina
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
E-mail: juan-fr@ono.com
Col. 391

NOTIFICADO: **21-jul-14**
INICIO PLAZO:

FIN PLAZO:

SELLO LEXNET



Adobe Acrobat
Document

PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000233/2013
N.I.G.: 46250-33-3-2013-0003937

SENTENCIA Nº 528 / 2014

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN 2**

Ilmos. Sres:

Presidente

D/D^a M^a. ALICIA MILLAN HERRANDIS

Magistrados

D/D^a RAFAEL MANZANA LAGUARDA

D/D^a RICARDO FERNANDEZ CARBALLO-CALERO

En Valencia, a veintiuno de julio de dos mil catorce.-

VISTO, por la Sección Segunda de este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo num. 233/2013, promovido por la CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), contra la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOCV 10/junio), en el que han sido partes, el Sindicato actor, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Fernández Reina y defendido por la Letrada D^a. M^a. Amparo Pinazo Gamir, y como demandada, la GENERALITAT, a través de sus propios servicios jurídicos; ha pronunciado la presente Sentencia.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Salvador Manzana Laguarda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente Recurso y seguidos los trámites previstos en la Ley, se emplazó a la parte demandante al objeto de que formalizara su escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, solicitando se dictara Sentencia anulando por no ser ajustada a derecho la Orden recurrida, o subsidiariamente su Disposición Transitoria Primera.

SEGUNDO.- La Administración contestó a la demanda mediante escrito en el que se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de las resoluciones objeto del mismo, por estimarlas ajustadas a derecho.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se dio traslado a las partes para que formalizaran sus escritos de conclusiones, verificado lo cual quedaron los autos pendientes de deliberación y fallo.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente Recurso el día quince de los corrientes, en cuya fecha tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna por el Sindicato CSIF la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, que regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad.

Alega el Sindicato que en la Orden recurrida concurren básicamente los siguientes motivos de nulidad:

1º.- Vulneración de los principios de legalidad y de jerarquía normativa, pues a su juicio, la Orden autonómica contraviene el Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003), ya que esta norma, en su art. 26, garantiza el derecho del personal estatutario a prolongar hasta los 70 años su permanencia en el servicio activo, mientras mantengan su capacidad funcional y en el marco del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos, mientras que la Orden recurrida y el PORH a ella vinculado, dejan sin efecto este derecho, al disponer que se iniciarán de oficio expedientes de jubilación forzosa a todos los que cumplan 65 años.

2º.- Vulneración del principio de reserva de ley, exigido por el art. 103.3 CE para regular las cuestiones que afecten al estatuto de los empleados públicos; en todo caso – aduce CSIF- la disposición recurrida debió adoptar la forma de Decreto del Consell y no de Orden de la Conselleria de Sanidad, conforme al art. 33 de la Ley 5/1983, del Consell, y tal como así lo informó en su momento la Abogacía General de la Generalitat (fols. 87 y ss. del expediente).

3º.- Nulidad procedimental por omisión del informe preceptivo del Consell Jurídic Consultiu, exigido por el art. 43.1.f) de la Ley 5/83, y que fue igualmente advertida en el informe de la Abogacía de la Generalitat antes mencionado (fol.87).

4º.- Falta de negociación colectiva con los representantes del personal, pues sólo se constituyeron Mesas Técnicas con relación al Plan de Ordenación de Recursos Humanos, pero no hubo ninguna negociación referente a la Orden recurrida.

Analicemos, pues, dichos argumentos del recurso.

SEGUNDO.- No obstante, con carácter previo a tal análisis y por su utilidad para la adecuada comprensión de su contenido y objetivos, debe aludirse al devenir histórico de la normativa de la que trae causa la controvertida Orden.

El art. 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, rebajó la edad de jubilación forzosa de dicho personal, desde los 70 años a los 65, aunque su **Disposición Transitoria Séptima, fijaba un régimen transitorio de jubilación, para quienes** a la entrada en vigor de esta ley hubieran cumplido 60 años de edad, permitiéndoles voluntariamente, prolongar su edad de jubilación hasta alcanzar los 35 años de cotización a la Seguridad Social, con el límite de un máximo de cinco años sobre la edad fijada en el art. 26.2 de esta ley y siempre que quedara acreditado que reuniesen la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las funciones correspondientes a su nombramiento.

Este art.26, contempla en su núm.3 la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, al cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión; prórroga sujeta a un límite de duración máximo y cuya 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. Y en su núm.4 regula la jubilación voluntaria, total o parcial, del personal estatutario, como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos, modalidad ésta que aunque la Administración afirma que ha sido suprimida por el RDL 20/2012, lo cierto es que esta norma tan sólo afecta explícitamente al art.67.1.d) EBEP.

Pero el apartado que aquí nos importa es el 2º, en el que se dice: “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”.

Este art. 26 del EM, desplaza sobre la Administración autonómica sanitaria las competencias para la autorización de la prolongación, marcando las pautas para su ejercicio; así las cosas, en una primera fase, fueron las **Instrucciones de 3/abril/2006**, del Director Gerente de la Agencia Valenciana de Salud (AVS), las que regularon los supuestos y procedimientos sobre jubilación y prolongación del servicio activo del personal estatutario de la Agencia Valenciana de Salud, **a expensas de la aprobación futura de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos** que determinase las necesidades de la organización que se hubieran de tener en cuenta para evaluar las solicitudes de prolongación del servicio activo formuladas al amparo del párrafo segundo del citado precepto.

Una vez **aprobado el Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las instituciones sanitarias** de la Consellería de Sanidad (Acuerdo de 7/junio/2013 del Consell; DOCV 10/junio), en cuyo Anexo II se establecen las previsiones en materia de jubilación de los referidos colectivos que prestan servicios en las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad, habría quedado **establecido el marco sustantivo** de esta materia a través del PORH, por lo que “**resulta preciso establecer el procedimiento que permita aplicar las previsiones citadas**” (**Preámbulo de la Orden 2/2013**). Esta aparente secuencia cronológica –aprobación en una primera fase del PORH y en una posterior la Orden de aplicación de sus previsiones- se desdibuja al constatar que ambos textos son de la misma fecha, con lo que ello conlleva de recíprocas implicaciones a las que luego se aludirá.

Siguiendo con el contenido de dicho Preámbulo –coincidente con el marco normativo del PORH-, cabe decir que se configura como **regla general y automática de aplicación la jubilación forzosa del personal estatutario y funcionario al cumplir la edad legalmente establecida**. Este acto declarativo, reglado y obligado, está sujeto a **dos excepciones**:

A) la dirigida a permitir al interesado completar el periodo de cotización necesario para causar derecho a pensión de jubilación, siempre que quede acreditada su capacidad psíquico-física para desarrollar sus actividades;

B) y la que, con el fin de favorecer una mejor organización de los servicios públicos, **previa solicitud del interesado, permitirá prolongar su permanencia en el servicio activo hasta los 70 años como máximo, por medio de la oportuna autorización administrativa, previa acreditación de la capacidad funcional necesaria para desarrollar las actividades correspondientes y siempre que exista una necesidad organizativa y/o asistencial que lo justifique, fijándose los criterios o aspectos de carácter organizativo y asistencial que se han de tener en cuenta para determinar en cada caso concreto la concurrencia o no de tal necesidad.**

Este es precisamente el objeto de la **Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad**, -objeto del presente recurso- por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad.

TERCERO.- Una vez establecido lo anterior, y por lo que atañe al primero de los motivos del recurso –vulneración del art. 26 del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003)- se trata de una alegación que no puede ser acogida, pues dicho precepto –pese a algunas vacilaciones jurisprudenciales al respecto- no consagra ningún derecho subjetivo del personal estatutario a prolongar su permanencia en el servicio activo más allá de la fecha en que cumple su edad de jubilación.

Efectivamente, ya la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8/enero/2013** (Recurso de casación nº 207/2012), fijó la interpretación del citado precepto, con cita de sus anteriores pronunciamientos de 10/marzo/2010 (cas. Int. Ley 18/2008) y de 16/febrero/2011 (cas. 5002/2008). En dichas Sentencias se estableció que la denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo solo era posible con fundamento en un PORH; pero añade el Tribunal que tras haber profundizado en el estudio del art.26.2 EM en las Sentencias de 15/febrero y 9/marzo/2012 (cas.2119/2012 y 1247/2011), concluye que el mismo no establece un pretendido derecho del facultativo a prolongar su permanencia en el servicio activo *“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"*. Y argumenta que *“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 (Art. 33). La contundencia incondicionada del párrafo del citado artículo 33 evidencia sin equívocos la auténtica consagración de un derecho del funcionario, mientras que, tanto el art. 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, como precedentemente a ella el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que ahora nos ocupa, que se refieren a una solicitud dirigida a la Administración a decidir motivadamente por ellos, 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”*. En conclusión *“No nos encontramos así ante una clave de ordenación normativa asentada en el establecimiento inequívoco de un derecho, 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”.

Procede, por tanto, el rechazo de este primer motivo del recurso, construido sobre la errónea premisa del reconocimiento de un derecho subjetivo a la prolongación del servicio activo en el art. 26 del Estatuto Marco, derecho éste que, como se ha puesto de manifiesto, es inexistente, tratándose exclusivamente de una mera facultad que viene condicionada a su autorización por parte de la Administración, atendiendo a sus necesidades organizativas, siendo precisamente la regulación de este procedimiento de autorización lo que pretende llevar a cabo la Orden recurrida.

CUARTO.- Abordemos ahora los aspectos relativos a la aducida vulneración del principio de reserva de ley, exigido por el art. 103.3 CE para regular las cuestiones que afecten al estatuto de los empleados públicos, y subsidiariamente la necesidad de que la disposición recurrida adoptara la forma de Decreto del Consell y no de Orden de la Conselleria de Sanidad

Es cierto que el art. 103.3 de la Constitución establece una reserva de ley sobre el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3), que se proyecta sobre los aspectos esenciales de la relación de empleo, como son los derechos y deberes generales de los funcionarios o empleados públicos, pues sólo así se puede asegurar que las regulaciones de determinado ámbito vital de los mismos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 19/1987 de 17 de febrero), garantizando, de este modo, aquellos derechos en su contenido material y más relevante; lo que excluye o condiciona, según los casos, el contenido y alcance de los reglamentos ejecutivos (dictados con la correspondiente habilitación legal), y también el de los reglamentos independientes en la materia (SSTC núm. 58/1982, de 27 de julio; 83/1984 de 24 de julio; 99/1987, de 11 de junio, etc...).

Pero, como también ha advertido reiteradamente el Tribunal Constitucional (STC. 99/87, o STC de 19/abril/1.988), una cosa son esos derechos y otra su inmodificabilidad pues *“El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una **situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad**”*. Ningún obstáculo hay, por tanto, para que, en los términos y con el alcance con que se lleva a cabo, y contando con la pauta que le marca el propio art. 26.2 del Estatuto Marco (Ley 55/2003), la regulación de esta materia quede radicada en el seno de la potestad reglamentaria de la Administración, pues ninguna afectación de derechos individuales se produce más allá del marco que definen las leyes que habilitan la potestad reglamentaria (arts.39.3 y 40.3 Ley autonómica 5/83).

Ahora bien, cuestión distinta es la relativa al rango que deba ostentar la norma a través de la cual se plasma el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración en referencia a la materia que analizamos; la Ley 5/1983, de 30/diciembre, del Consell, al regular la jerarquía de las normas que se dictan como consecuencia del ejercicio de su potestad reglamentaria, lo hace en términos similares a la normativa estatal -Ley 50/97, del Gobierno- y dispone en su art.32, que tal jerarquía será la siguiente: 1. Decretos del Consell, 2. Decretos del President de la Generalitat, 3. Ordenes de las Comisiones Delegadas del Consell, 4. Ordenes de Consejerías y 5. Disposiciones de órganos inferiores por el orden de su jerarquía. Adoptarán la forma de Decreto del Consell las disposiciones de carácter general emanadas del mismo y los actos singulares emanados del Consell, cuando así lo exija una norma legal o reglamentaria, o lo disponga el propio Consell (art. 33); en los mismos términos

se regulan los Decretos del President, añadiendo, en especial, los actos referidos a ceses y nombramientos y asignación de funciones a los distintos Consejeros (art.34). Y adoptarán la forma de Orden de Consejería las *“disposiciones consecuencia del ejercicio de la potestad reglamentaria de los titulares de las mismas, que quedará circunscrita a las materias de su departamento”* (art. 37). Los secretarios autonómicos y los órganos directivos, en cuanto se refiere a organización interna de sus propios servicios, podrán dictar instrucciones y órdenes de servicio. (art.38).

Este Tribunal, ha priorizado el contenido sobre la forma a la hora de determinar la naturaleza de la disposición, a efectos de recabar informe de Consell Juridic Consultiu (así, en Sentencia 492/08, de 20/mayo, rec. 43/03, Sec.3^a, se afirmaba: *“El hecho de que la disposición impugnada adopte forma de Acuerdo del Gobierno y no de Decreto no prejuzga su naturaleza de disposición de carácter general, ya que lo esencial es considerar su contenido y por consiguiente atender a su naturaleza jurídica, sin que la forma adoptada establezca necesariamente su calificación como reglamento o acto administrativo”*). Así pues, será el contenido de la norma el que predeterminará el rango exigible para su adopción.

Y es manifiesto que la regulación de la jubilación –causa de extinción de la relación de servicio- afecta directamente a los derechos del personal, derivando de este factor la conveniencia de su regulación mediante norma de mayor rango que una Orden de Conselleria; a esta especial sensibilidad no ha sido ajena la Administración del Estado, pues piénsese que incluso una normativa meramente reguladora de las indemnizaciones por razón del servicio, pasó de ser regulada mediante Orden Ministerial a serlo a través de Real Decreto de 25/mayo/2002, en cuyo Preámbulo se destacó: *“Por otra parte, se ha estimado también necesario elevar hasta el rango de la norma que ahora se aprueba aquellos preceptos que hasta el momento, pese a la importancia sustancial de su contenido, se encontraban recogidos en normas de inferior nivel, como la Orden de 8 de noviembre de 1994”*.

La naturaleza de su contenido, la afectación junto al personal estatutario, también del personal funcionario, y su carácter de norma de aplicación de las previsiones de una Ley estatal, hace descartar el carácter meramente organizativo interno que, a juicio de la Administración, justificaría que esta materia haya quedado regulada mediante Orden de la Conselleria de Sanidad, pues no nos hallamos ante una reglamentación *“de aspectos domésticos de organización interna”* (STS 14/octubre/97, rec, 1392/90) de la Conselleria de Sanidad. Como se ha entendido en Sentencia de la Sección 5^a de este Tribunal, núm. 598/2012, de 21/noviembre (rec. 670/10): *“El cariz propio del concepto de potestad doméstica hace que éste se limite, con exclusividad, a la regulación interna de los propios medios personales, materiales,... de los Entes públicos (en este caso, de la Generalitat Valenciana)”*.

En el presente caso, nos hallamos ante una norma que rebasa el ámbito doméstico de la organización interna de la Conselleria de Sanidad, y su contenido responde a un objetivo de mucha mayor amplitud y vinculado al Plan de Ordenación de los Recursos Humanos de los Servicios Autonómicos de Salud, instrumento éste que no es sino concreción (art. 13 EM) de la planificación de los recursos humanos, orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia del servicio público sanitario; efectivamente, no sólo se ha entremezclado, sin especial habilidad, la tramitación de ambos instrumentos (PORH y Orden), abordando en uno y otro -como luego señalaremos-, aspectos materiales con otros estrictamente procedimentales, sino que se ha llevado a cabo –desoyendo el acertado informe de la Directora General de RRHH de 29/mayo/2013- una improcedente regulación omnicomprendensiva de la jubilación tanto del personal estatutario como del funcionario –propio y transferido-, con la mera exclusión del colectivo al que se refiere su art.1.3, concluyendo que los elementos esenciales de la jubilación *“están regulados en los mismos términos”* para todos ellos, e invocando para llegar a tal conclusión, en el Preámbulo de la Orden, precisamente el propio precepto que se infringe (pues el art.4.5 LOGFPV prevé su aplicación al personal funcionario de la Conselleria de Sanidad *“atendiendo a las disposiciones*

reglamentarias específicas de desarrollo de la misma dictadas como consecuencia de las peculiaridades propias de dicho sector"; es decir, requiere para ellos la existencia de una disposición reglamentaria específica de desarrollo que no lo es el PORH), contrasentido éste que se extiende igualmente a la regulación del funcionario transferido (el art.2.3 EM, sólo prevé la equiparación *"en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación"*). Finalmente, las previsiones de la Orden recurrida no son sino fruto de la traslación mimética de los apartados III (*"Actividades estratégicas"*), IV (*"Situaciones transitorias"*) y V (*"Vigencia"*) del Anexo II (*"Jubilación"*) del PORH, para dotarles de una regulación diferenciada y autónoma, revestida del formato de disposición general, dada la vocación de permanencia de sus preceptos.

En el propio Informe que emite la Abogada de la Generalitat el 24/mayo/2013, sobre la forma adoptada por la norma *"se informa que la presente disposición regula procedimientos administrativos que desarrollan y complementan lo dispuesto en a Ley 55/2003, de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, por lo que se estima que la forma de Decreto del Consell es el instrumento idóneo para la citada regulación"*.

Sólo la premura y celeridad observadas en la elaboración de la Orden recurrida –o propiamente, en la conversión en disposición general de las previsiones del Anexo II del PORH- proporciona explicación al inadecuado rango elegido para la regulación de la materia, que obviamente debió instrumentalizarse, con mayor sosiego en su tramitación como acertadamente se apunta en los informes técnicos que obran en el expediente, mediante una norma de mayor rango jerárquico. Ello constituye, por sí sólo, razón suficiente para su anulación.

QUINTO.- Pero, al margen de su rango jerárquico, procede ahora, a la vista de su contenido, abordar la temática referente a la necesidad o no de previa negociación colectiva de la Orden 2/2013. Para el Sindicato CSIF dicha negociación era necesaria y no se habría producido, lo que viciaría de nulidad la Orden; afirma que en la Mesa Técnica de 27/mayo/2013, tan sólo se puso en conocimiento de los Sindicatos el borrador de la Orden, sin que llegara a existir debate alguno; y en la Mesa Sectorial de 31/mayo se aprobó el referido borrador con el exclusivo voto de la Administración. Frente a ello, la Administración aduce que el Plan de Ordenación de Recursos Humanos que se tramitó simultáneamente con la Orden, único instrumento que precisaba ser negociado (Art.13.2 del Estatuto Marco), sí que se negoció.

La tesis de la Administración descansa sobre la distinción –resaltada en el Preámbulo de la Orden- entre *"el marco sustantivo de la materia"* definido en el PORH y *"el procedimiento que permita aplicar las previsiones"* del mismo. A su juicio, sólo deberían negociarse los aspectos sustantivos, que integran el contenido del PORH y no así los procedimentales, ya que en ninguna innovación introducen sobre los anteriores, bastando en tal caso la mera audiencia a los órganos representativos (art. 43.1.c) de la Ley 5/83, del Consell). Pero dos razones impiden acoger la argumentación de la Administración:

1ª.- Es cierto que el art. 43.1.c) habla de *"audiencia"* cuando alude al trámite genérico de alegaciones ciudadanas al proyecto normativo, pero, sin embargo, dice *"consulta"* cuando existen organizaciones que representan a dichos intereses colectivos afectados; efectivamente, el texto del precepto es el que sigue: *"Cuando el proyecto normativo afecte a la esfera de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se dará **audiencia** al objeto de que en el plazo de quince días puedan presentar cuantas alegaciones consideren oportunas. No obstante, cuando el grupo de personas a las que pueda afectar el contenido de la disposición esté representada por organizaciones o asociaciones legalmente constituidas que tengan encomendada la defensa de sus intereses, se entenderá cumplido el presente trámite*

con la **consulta** a dichas entidades”. Y obviamente, no cabe negar tal cualidad a los sindicatos y demás órganos representativos de los intereses colectivos del personal afectado por la norma en tramitación, por lo que debió llevarse a cabo dicha consulta; y no cabe olvidar que esta terminología resulta coherente con las previsiones que contenía la anterior Ley 9/87 acerca de los diferentes niveles de intensidad de la actividad negociadora (audiencia, consulta y negociación), que el vigente EBEP ha simplificado notablemente y con arreglo a cuyos mandatos habría que interpretar hoy el alcance de dicho precepto de la Ley autonómica 5/83.

2ª.- La disyuntiva entre aspectos materiales (PORH) y aspectos meramente procedimentales (Orden 2/2013), aparece radicalmente desnaturalizada y desmentida, tras una superficial lectura del contenido de esta última, como seguidamente veremos. Y lo determinante, en definitiva, a efectos de la exigencia de negociación, es que la materia regulada por la Orden afecte a las condiciones de trabajo del empleado público al que viene referida la misma, pues los arts. 15.b) y 31 EBEP (Ley 7/2007) garantizan a los empleados públicos el derecho a negociar con la Administración la determinación de sus condiciones de trabajo; y tales condiciones de trabajo se determinan tanto en sus aspectos materiales como en su vertiente procedimental.

En otras palabras, el Plan de Ordenación –y particularmente su Anexo II (jubilación)- contiene aspectos materiales y aspectos procedimentales, de modo que el mandato que deriva tanto del art. 13.2 del EM (Los PORH “*serán previamente objeto de negociación en las mesas correspondientes*”), como del art. 80.2.g) del mismo Estatuto y del art.37.c) EBEP (que obliga a negociar los criterios de los “*planes e instrumentos de planificación de recursos humanos*”), se proyecta sobre ambos aspectos, material y procedimental; y ello es así, máxime cuando en la Orden recurrida, como hemos dicho, no sólo se regulan aspectos relativos a los trámites, plazos, procedimientos, competencia del órgano que debe resolver, resoluciones que agotan la vía administrativa, etc..., sino que se contemplan expresamente situaciones que pueden afectar directamente a los derechos de los empleados públicos afectados, como la fijación de los supuestos que imposibilitan el ejercicio de opciones que se reconocen con carácter general en el procedimiento de jubilación por edad; la regulación del informe sobre capacidad psico-física que emite la Unidad Periférica de Prevención de Riesgos Laborales, en cuestiones como la eventual intervención en su elaboración y contenido, o el establecimiento de mecanismos de control, habida cuenta de su decisiva proyección sobre la decisión administrativa que se adopte sobre de la continuidad en la prestación de servicios, así como sobre las decisiones acerca de las posibles prórrogas posteriores y periodos de duración de éstas, tanto en los supuestos en los que la solicitud de prórroga viene dada para consolidar derechos de pensión, como cuando se vincula a razones organizativas o asistenciales; la fijación de criterios y pautas para desterrar todo subjetivismo o arbitrariedad en la decisión de la dirección del respectivo centro sobre valoración de la solicitud de prórroga, objetivando los propios factores que fija la norma para su concesión o denegación (necesidad de mantener la ocupación del puesto o proceder a su amortización, posibilidad de sustitución del interesado, valoración cuantitativa de su trabajo atendiendo a factores tales como el rendimiento y resultados del empleado, su implicación en los objetivos de la organización, o su absentismo laboral, su trayectoria especialmente meritoria), o la aparición de circunstancias sobrevenidas que generen “dudas” sobre la capacidad psico-física del empleado afectado, o los casos de nueva valoración de prolongaciones del servicio activo ya reconocidas.

A juicio de este Tribunal, existen en la Orden suficientes aspectos que van más allá de lo que cabría calificar como una estricta y aséptica regulación procedimental y que se proyectan sobre cuestiones a las que, a priori, no es ajena la intervención de la negociación colectiva, en cualquiera de sus modalidades –la consulta es una de ellas-; y ésta intervención se garantiza y se lleva a cabo a través de los órganos y sistemas específicos regulados en la Ley, sin perjuicio de otras formas de colaboración entre las Administraciones Públicas y sus empleados o los representantes de éstos (art. 31.5 EBEP); y el órgano específico no es otro

que la Mesa de Negociación. La comunicación del borrador a la Mesa técnica no equivale, en ningún caso, a la consulta en la Mesa de Negociación, por lo que cabría concluir, a priori, que concurriría el vicio invalidante de defecto de negociación, lo que por sí solo determinaría la nulidad de la Orden, de no ser porque dicho trámite negociador se llevó a cabo con ocasión de la aprobación del PORH, sin que la acreditación documental de este extremo por parte de la Administración haya sido desvirtuada por el Sindicato recurrente, y, como se advirtió con anterioridad, las previsiones de la Orden son recopilación plena, salvo matices sin trascendencia, del contenido del Anexo II del PORH que sí que habría sido negociado. Debe, pues, rechazarse este argumento del recurso.

SEXTO.- Y entramos finalmente en lo que constituye el argumento más sólido del presente recurso, vinculado a la naturaleza que se atribuya a la Orden recurrida, cual es el de la necesidad o no del omitido informe del Consell Juridic Consultiu.

Ha de advertirse con carácter previo de la importancia de los trámites procedimentales, que no debe minimizarse, pues se ha considerado pacíficamente por la jurisprudencia (STS 13/noviembre/2000) que *"El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 CE y regulado con carácter general en el artículo 24 CE, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter "ad solemnitatem", de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte".* Y tales garantías procedimentales *"se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden"* (STS 22/diciembre/2006).

El art.43.1 de la Ley 5/83, del Consell, al regular los trámites de elaboración de las normas reglamentarias, dispone en su letra f) que *"el expediente será remitido al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana para que evacue el pertinente dictamen en aquellos supuestos previstos legalmente"*. Por otra parte, la Ley autonómica 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del **Consejo Jurídico Consultivo** de la Comunidad Valenciana, impone en su art.10 la consulta preceptiva de este Órgano en los siguientes casos:*"4. Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones.(...)"*

10. Cualquier otra materia, competencia de la Generalitat o de las administraciones locales radicadas en la Comunitat Valenciana, respecto a la que las leyes establecen la obligación de pedir el dictamen".

El objeto de tal consulta, tratándose de reglamentos o disposiciones generales dictadas en ejecución de una ley es manifiesta: *"Con la intervención del órgano consultivo cualificado se pretende hacer plenamente efectivo el sometimiento de la Administración a tal Ley y al Derecho (art. 103,1 CE), y el principio de jerarquía normativa (SSTS de 10 mayo y 16 junio 1989), y ello como garantía de la actuación administrativa frente a los ciudadanos"*. (STS 24/julio/2003, rec. 1417/2000).

Así pues, la finalidad de este informe del órgano consultivo, no es sino contribuir a un mejor ejercicio de la potestad normativa desde la doble perspectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos afectados y del buen funcionamiento de la Administración (STS 13/febrero/2012, rec. 574/2009); no se trata de una mera función consultiva, sino de un control preventivo de legalidad, de naturaleza esencial, de las disposiciones de carácter general y de determinados actos de la Administración (STS 4/abril/2014, rec. 2229/13), y con ella se pretende actuar *"como una garantía preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración (STS 23-12-*

2001)” (STS 18/noviembre/2008, rec. 81/2007); como ha advertido este propio TSJ (Sentencia 492/2008, de 20/mayo, rec. 43/03, Sec.3ª), la razón de ser del sometimiento al dictamen del CJC no es baladí, *“pues el dictamen no es una pura formalidad, sino una garantía de perfección técnica y de acierto, mucho más en casos como el presente en el que el concurso Ley y reglamento obliga a éste a un cuidado delicado. El Consejo Consultivo es un órgano de reconocida competencia técnica que actúa de forma objetiva, pues está dotado de una independencia de criterio superior a la de los departamentos jurídicos de las Consellerías, entiende la Sala que su participación en la elaboración y preparación de textos como el que nos ocupa es una garantía de objetividad e imparcialidad en la producción de la norma de la que no debe prescindirse”*. En consecuencia, y dada la trascendencia de la intervención de este órgano y la finalidad a la que responde, no cabe una interpretación restrictiva de los supuestos que la contemplan, debiendo incluso, los supuestos de discutible intervención, inclinarse por favorecerla, en aras del mayor acierto de la decisión administrativa, tal como se aprecia en los informes de la Abogacía de la Generalitat emitidos en los trámites de elaboración de la Orden recurrida y del PORH, y así, en su informe de 24/mayo/2013 afirma categórica y acertadamente, que *“resulta preceptivo el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, al ser una disposición de carácter general que se dicta en ejecución de leyes y sus modificaciones”* (fol.88 del expediente), y en posterior informe de 30/mayo/2013, pese a apuntar la existencia de dudas sobre la necesidad preceptiva de someter el asunto al dictamen del CJC, señala en cualquier caso como recomendación *“la posibilidad de someter el asunto, aunque sea facultativo, a Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, pues, en definitiva, debe pensarse que, el sometimiento a tal trámite, por una parte es cierto que provoca un retraso temporal en la tramitación, pero, por otra, proporciona garantías sobre el acierto y perfección técnica de las actuaciones administrativas”* (fol.94 vto).

De otro lado, frente a la atribución, a la Orden, de un contenido exclusivamente interno y organizativo de la Conselleria de Sanidad, entiende este Tribunal que prevalece su condición de norma reglamentaria dictada en ejecución del art. 26 EM, y que, como tal viene requerida del informe del CJC; efectivamente, no sólo en el repetido informe de la Abogacía de la Generalitat de 24/mayo/2013, a la hora de requerir la intervención del CJC y la adopción de la forma de Decreto, lo justifica en un caso en el tratarse de *“una disposición general que se dicta en ejecución de leyes”* y en el otro en que *“la presente disposición regula procedimientos administrativos que desarrollan y complementan lo dispuesto en la Ley 55/03, del Estatuto Marco”*, sino que el propio Preámbulo de Orden 2/2013 alude reiteradamente a la vinculación entre sus previsiones y el mencionado precepto legal, de tal manera que la interrelación entre las previsiones contenidas en la Orden y las necesidades de planificación y ordenación de los recursos humanos de la sanidad pública, obliga a descartar el carácter meramente organizativo e interno de la misma y desplaza la consideración de sus previsiones desde la óptica de su afectación sobre aspectos esenciales y prevalentes del servicio público sanitario.

Pero igualmente, el mero hecho de la existencia de aspectos organizativos internos en la Orden recurrida, por sí sólo no conllevaría la exclusión del dictamen del CJC, si la norma –como así sucede- se dicta en ejecución de previsiones legales o afecta a intereses públicos; y en este sentido se han pronunciado:

1º) de un lado, el propio Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en su Informe 345/2011, de 20/abril, que informando un proyecto de Orden tendente a organizar la seguridad y la información en la Consellería de Sanidad y en la Agencia Valenciana de Salud, afirmó:

“... La Jurisprudencia ha venido entendiendo que quedarían excluidos del informe del Consejo de Estado (y por ende de los Consejos consultivos autonómicos) los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno y los reglamentos de necesidad.

A este respecto se diferencian los reglamentos organizativos de los reglamentos ejecutivos porque los primeros no son disposiciones de carácter general que constituyan desarrollo o complemento necesario e indispensable de la ley, no estando sujetos a la consulta preceptiva prevista en el artículo 10, apartado 4, de la Ley de la Generalitat Valenciana 10/1994, de 19 de diciembre, y siendo por tanto la consulta facultativa.

Es cuestionable si el Proyecto normativo sometido a consulta, al regular la organización de la seguridad de la información en la Conselleria consultante y en la Agencia Valenciana de Salud, es un reglamento organizativo, escapando de la preceptividad del dictamen de este Consell.

Ello no obstante, en cuanto desarrolla previsiones contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y en la Ley 3/2010, de 5 de mayo, de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana, este Consell entrará en el estudio del fondo del asunto”.

2º) Y de otro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 13/febrero/2012 (rec. 574/2009), analizando la legalidad de la norma que regulaba aspectos tan propiamente vinculados al régimen del personal, como lo es el Reglamento para determinar las aptitudes psicofísicas del personal de las FFAA (RD 1370/2009), pese a que contaba con el dictamen del Consejo de Estado, anuló dicho Reglamento por falta de informe del Consejo de la Guardia Civil, y afirma: *“el informe previo contemplado en el artículo 54.2 de esta Ley Orgánica tiene por finalidad la contribución a un mejor ejercicio de la potestad normativa desde la doble perspectiva de las condiciones de trabajo de los guardias civiles y del buen funcionamiento de la institución. El artículo 24.1 b) de la Ley del Gobierno establece que en la elaboración de los reglamentos "deberán recabarse (...) los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos" pues contribuyen "a garantizar el acierto y la legalidad del texto". De ahí que sea jurisprudencia consolidada la que mantiene que la omisión de un dictamen preceptivo es un defecto de procedimiento insubsanable que determina la nulidad de la disposición afectada. En este caso, la omisión del informe del Consejo de la Guardia Civil ha privado al Gobierno de elementos de juicio considerados necesarios por el legislador orgánico para la mejora que busca de las condiciones profesionales y del funcionamiento del instituto. Así, pues, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad del Real Decreto 1370/2009”.*

La falta de este informe del Consell Juridic Consultiu –fruto de la acelerada tramitación de la Orden, a la que antes nos referíamos-, y que, siendo necesario dado el carácter de ésta como norma ejecutiva de las previsiones del art. 26 EM y vinculada al interés general que conlleva la adecuada prestación del servicio público sanitario, hubiera permitido a la Administración conocer las reflexiones de este cualificado órgano y ponderarlas en la redacción del texto normativo, en aras de una mayor perfección y acierto en sus decisiones, determina la nulidad radical del texto aprobado.

Procede, por las razones señaladas, la estimación del recurso y la declaración de la nulidad de la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de dicha Conselleria.

SEPTIMO.- No se hace expresa imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, dada la complejidad fáctica y jurídica de las cuestiones planteadas en el presente recurso.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de aplicación al caso,

F A L L A M O S

I.- Se estima el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), contra la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOCV 10/junio) la CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), contra la Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOCV 10/junio).

II.- Se declara la nulidad de la referida Orden 2/2013, por ser contraria a derecho.

III.- No procede hacer imposición de costas.

A su tiempo, y con Certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo a su centro de procedencia.

La presente Sentencia no es firme y contra ella cabe RECURSO DE CASACION ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de DIEZ días y en la forma que previene el art. 89 de la LJCA.

Así, por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que, como Secretario de la misma, certifico en Valencia, y fecha que antecede.

