



Roj: STS 1462/2012
Id Cendoj: 28079130072012100154
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 1579/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 1579/2011, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejias, en representación de D. Íñigo , contra la sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso número 313/2009 .

Ha sido parte recurrida el GOBIERNO DE CANTABRIA, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia en el recurso número 313/2009 con fecha treinta de diciembre de dos mil diez , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por DON Íñigo representado por el Procurador Sr. De la Vega- Hazas Porrúa y defendido por el Letrado Sr. Rodríguez González contra la Resolución del Consejero de Sanidad de 10 de junio de 2009 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 30 de marzo de 2009 por la que se denegaba al recurrente la prolongación de permanencia en el servicio activo y contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007 que aprueba el Plan de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud y la Orden SAN/9/2008 , que regula el procedimiento de autorización de la permanencia en el servicio activo del personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud. Sin costas.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la representación procesal de D. Íñigo , que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que dicte sentencia *«(...) en la que entendiendo que la recurrida no se ajusta a derecho, la case y anule, dictando otra en su lugar mas ajustada a derecho y acorde con las pretensiones oportunamente deducidas por esta parte»*

CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 3 de octubre de 2011, concediéndose, por diligencia de ordenación de 21 de octubre de 2011, un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 15 de diciembre de 2011, y en el que se suplicaba a la Sala que *«(...) dicte sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto».*

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 7 de marzo de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martin de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso número 313/2009 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Íñigo contra la Resolución del Consejero de Sanidad de 10 de junio de 2009 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 30 de marzo de 2009 por la que se denegaba al recurrente la prolongación de permanencia en el servicio activo y contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007 que aprueba el Plan de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud y la Orden SAN/9/2008 , que regula el procedimiento de autorización de la permanencia en el servicio activo del personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud

El recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejias, en representación de D. Íñigo , contiene dos motivos de casación.

El primero, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra c) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte, denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no existir en la misma pronunciamiento alguno sobre la concurrencia o no de las necesidades asistenciales que permiten adoptar la decisión de denegación de prórroga en servicio activo, indicando que la sentencia no hace pronunciamiento alguno valorando la prueba practicada a este respecto, por lo que entiende que existe infracción del art. 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del principio de tutela judicial efectiva contenido en el art. 24 de la CE .

El segundo, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables al caso, denuncia que la sentencia de instancia infringe:

1º.- 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 .

2º.- La jurisprudencia del TJCE, sentencias de 19/01/2010 (asunto C-555/07 Kükükdeveci) y 12/01/2010 (asunto C-341/08 , Petersen).

3º.- Los artículos 12 , 13 y 26 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud .

4º.- La jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2010 (STS Sala 3ª, Secc 7ª Rec 18/2008).

Por su parte el GOBIERNO DE CANTABRIA, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos se opone a ambos motivos en los términos que luego se dirá.

SEGUNDO.- La base de la fundamentación de la Sentencia recurrida se contiene en los fundamentos de derecho tercero a quinto; del siguiente tenor literal:

«(...) **TERCERO::** En primer lugar y siendo el recurso directo contra la resolución por la que se deniega la prolongación de la permanencia en el servicio activo del recurrente, se alega su falta de motivación. En cuanto vicio de anulabilidad que conllevaría la retroacción de las actuaciones para su subsanación, se considera que alterando el orden del recurso, procede el examen de dicho motivo con carácter previo al resto de los invocados.

Examinada la resolución del recurso de alzada, difícilmente puede ser acogido el motivo pues se incluyen, pormenorizan y explican las razones de la no autorización relativa a la prolongación de permanencia, partiendo de que asume la capacidad funcional del interesado. Tras exponer la normativa de aplicación, invoca el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud y analiza si concurren las necesidades de organización a las que remite el artículo 26.2 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre tal y como se definen en el Plan. En atención a la documentación obrante en el expediente e informes recabados, se 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 cobertura de plazas que van a quedar vacantes por próxima jubilación. Estas conclusiones se refrendan tras el examen de jurisprudencia nacional y comunitaria.

Por ello la Sala considera incluye los motivos concretos por los que no se autoriza la pretensión de mantenimiento en el servicio activo que como excepción contempla la norma reguladora sobre esta cuestión al no darse el presupuesto que habilita su concesión: las necesidades asistenciales, tal y como éstas son definidas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud. Lo que realmente se está combatiendo a través de este motivo es la forma en que el Plan permite apreciar la existencia o no de necesidades asistenciales. De ahí que el propio recurrente comience con el recurso indirecto al servir el Plan de fundamento de la resolución.

CUARTO: Ambas partes efectúan sus respectivas argumentaciones sobre el análisis e interpretación de una misma normativa y jurisprudencia, nacional y comunitaria, en relación al derecho de no discriminación por razón de edad. Llegados a este punto y entrando en el recurso indirecto dirigido contra el 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 aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud, pese a la brillante argumentación desplegada por la defensa, la Sala ya se ha pronunciado respecto a la suficiencia del Plan en relación a la petición de permanencia en servicio activo tras cumplir los 65 años en la Sentencia de 2 de marzo de 2010, rec. 523/08. Razones de coherencia y seguridad jurídica obligan a mantener el criterio sobre el marco legal en esta materia para adaptarlo al supuesto concreto enjuiciado. 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 EBEP, 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 compeadece 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.

»Por ello, y en principio, el Plan que estamos analizando se adecua en su contenido a los requisitos objetivos exigidos por el art. 14 y siguientes del Estatuto Marco, con independencia de la crítica subjetiva a los mismos, que deberá ser respaldada por datos objetivos suficientes que enerven las consecuencias negativas que en cuanto al envejecimiento de plantillas y consecuente previsión de jubilación forzosa al cumplir los sesenta y cinco años contiene aquel.

»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 provocadas 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, entendiéndose 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, ya que el Servicio de Medicina Interna del HUMV, según informe del Servicio Cántabro de Salud, cuenta con los siguientes efectivos: un profesional Jefe de Sección que cumple 65 años en el año 2009, un Jefe de Departamento y diecinueve facultativos especialistas, contando con cinco MIR a fecha 2 de junio de dicho 2009 y un número de treinta y dos facultativos en las listas de selección de la categoría.

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.

QUINTO: 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, Küçükdeveci, 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.

Por todo ello, no cabe sino la íntegra desestimación de la demanda».

TERCERO.- Un análisis de lo actuado en el expediente administrativo y en las actuaciones judiciales, respetando los hechos de la resolución impugnada nos lleva a destacar a efectos de la resolución del presente recurso de casación, algunas circunstancias que han de ser tenidas en cuenta:

1º.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno se aprobó el Acuerdo Integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, y en su Anexo III se recogía el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud.

En dicho Anexo III se establecía en el Punto 2.2 relativo a las "Características de las plantillas" que:

«El diagnóstico de situación de los recursos humanos del SCS debe pasar ineludiblemente por analizar cómo sus propias características (tipo de vinculación, edad, etc.) inciden en la prestación de la asistencia sanitaria es decir, de otra forma, qué características de esa plantilla inciden positiva o negativamente en la prestación de una asistencia de calidad, con resultados de eficacia, eficiencia junto con la máxima satisfacción de los usuarios y de los propios profesionales que dan el servicio.

En un análisis generalizado destacamos que todo el personal estatutario se encuentra distribuido entre Atención Primaria y Atención Especializada: (...).

Uno de los de los aspectos fundamentales de la composición de la plantilla del SCS se basa en la distribución del personal con plaza en propiedad o interino (1).

(1) Datos de noviembre de 2005. (...)

El porcentaje de interinidad supera actualmente los límites de lo que podríamos llamar un óptimo. Existen unos elevados porcentajes de las diferentes categorías de personal que mantienen una vinculación temporal de prestación de servicios. Esta alta precariedad en el empleo, no solamente ha de ser entendida como escasamente compatible con un modelo eficiente de gestión de recursos humanos en el ámbito público, sino que además ocasiona problemas en el mantenimiento de la continuidad asistencial, generando incertidumbre entre los profesionales. La estabilidad de las plantillas es sin duda una de los requisitos necesarios para lograr una mejor atención sanitaria.

En cuanto a la distribución por edades la plantilla del SCS presenta las siguientes gráficas y datos: (...)

Analizando los datos y gráficas expuestos en el Anexo I, la situación actual en cuanto a la distribución por tramos de edad pone de manifiesto que el 49% de los facultativos de la Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud es mayor de 50 años. La edad media de ésta es de 49,7 años, el 33% es mayor de 55 años y el 3% tiene 65 años o más. La alta tasa de edad viene influenciado, sobre todo, por la alta tasa de edad del personal facultativo del HUMV (...).

No obstante desde una visión global de las características de edad del personal del Servicio podemos concluir que la edad de la plantilla es elevada y que a corto plazo se va a producir un envejecimiento importante de la misma. De hecho la situación, sobre todo en Centros como el HUMV, cuyo personal supone el 60,7% de la plantilla del SCS, se resume en un envejecimiento importante de la misma que incide, negativamente, en la actividad asistencial global.

Esto se verá más claro al analizar la plantilla, en Atención Especializada y en Primaria, especialidad por especialidad, con métodos estadísticos y gráficos, tal como se contempla en el Anexo I ("Análisis de edades del personal facultativo en Atención Especializada y en Primaria").

Concretamente esta realidad incide negativamente en lo que respecta al personal médico por la disponibilidad decreciente de plantilla médica para guardias. En los Centros se produce un incremento continuo de las exenciones de guardias médicas, acompañadas de las consiguientes solicitudes de actividad sustitutoria. Estas exenciones conllevan por un lado la necesidad de contratos de nuevos facultativos para la realización de guardias con coste económico añadido, y una situación laboral precaria realizando una actividad asistencial extraordinaria con un coste económico y que incluye la necesidad de personal auxiliar.

En múltiples servicios las situaciones de menor rendimiento del personal de más edad ha obligado a incremento de plantilla, de nuevos facultativos con contratos eventuales que resultan imprescindibles para mantener la actividad asistencial cualitativa y cuantitativamente.

La edad de la plantilla incide además negativamente en otros aspectos organizativos y de prestación de la asistencia. La alta tasa de edad conlleva, parece que necesariamente, a altos índices de absentismo con la correspondiente sustitución de los profesionales. El resultado es un alto coste económico para el Servicio de Salud y una distorsión en la prestación del Servicio.

Los índices de absentismo se acercan a un porcentaje de media, por contingencias comunes del 6,6 % lo que supone una media de 20.140 días totales de absentismo por incapacidad temporal y una media de 14.800 días sustituidos (2).

(2) Datos primer semestre 2005.

Cabe destacar que en el ámbito sanitario la edad de la plantilla tiene una mayor incidencia en la organización y prestación del servicio que en otros ámbitos laborales. En general para los empleados públicos, nos referimos a aquellos que desarrollan su labor en el ámbito administrativo, la edad de la plantilla no supone, con carácter general, un obstáculo para el normal desarrollo de los servicios, no así en el ámbito sanitario donde el trabajador está sometido a unas condiciones de trabajo de mayor carga física y psíquica.

No obstante, bien es cierto, que existen profesionales veteranos que por los méritos relevantes de su currículum profesional pueden desempeñar actividades de un alto valor cualitativo para el servicio y que no pueden ser desaprovechados».

En el Punto 3 de dicho Anexo III se disponía bajo el epígrafe de "Objetivos del Plan" los siguientes:

a) Continuar con el proceso de adecuación de la estructura de recursos humanos en la reforma de la atención primaria, integración de especialidades médicas en el entorno hospitalario. b) Creación de empleo y renovación de plantillas. c) Reducir los índices de interinidad hasta alcanzar valores óptimos. d) Reducir las tasas de edad de las plantillas con el fin de conseguir una mayor eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria. e) La promoción de los profesionales. Aprovechamiento al máximo del potencial de los profesionales. f) El aprovechamiento del personal que por sus méritos relevantes ofrecen un valor añadido al SCS. g) Reclasificación profesional del personal adecuando las funciones y titulaciones a la realidad existente. h) Programación periódica de convocatorias de movilidad voluntaria.

En el Punto 4 que se intitula "Instrumentos de ordenación", contiene la letra f), relativa a la "Puesta en marcha y aplicación inmediata, previo desarrollo procedimental del artículo 26.2 y 3 del Estatuto Marco", se indicaba que:

«- Aplicación de la jubilación forzosa del personal a los 65 años, salvo de quienes se encuentren incluidos en las excepciones previstas en el Estatuto Marco. Por tanto, la jubilación forzosa del personal que presta servicios en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años, a excepción de lo previsto en el artículo 26.3 y 4 y en la Disposición transitoria séptima del Estatuto Marco, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26.2., párrafo segundo.

- La prolongación de la permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, como consecuencia de la solicitud voluntaria del interesado prevista en el artículo 26.2., párrafo segundo,

del Estatuto Marco, se autorizará excepcionalmente por el período de un año y previa solicitud del interesado, cuando concurren necesidades asistenciales plenamente probadas y siempre que el interesado reúna la capacidad funcional necesaria.

A estos efectos se entenderá 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 período de un año si subsisten las circunstancias que dieron a su concesión.

En todo caso, quienes hayan cumplido 65 años con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Marco deberán presentar la oportuna solicitud a los efectos de prolongación de la permanencia en servicio activo para cuya resolución se tendrán en cuenta los criterios precedentes.

- Será unidad competente para acreditar que el trabajador/a reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, el Servicio de Prevención del Área de Salud en la que presta servicios el interesado».

En el Punto 5 del Anexo III, bajo la rúbrica Implantación e Impacto en la Organización se cifró en 138 los Facultativos y 284 trabajadores correspondientes al resto de personal, los afectados por la posibilidad de solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo entre 2007 y 2009.

2º.- Posteriormente se dictó la Orden SAN/9/2008, de 4 de abril, por la que se regulaba el procedimiento de autorización de la prolongación de la permanencia en servicio activo al personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud, en cuyo artículo 5.2º se establecía que "Podrá autorizarse la prolongación de la permanencia en servicio activo siempre que se den los siguientes requisitos: a) que concurren necesidades asistenciales plenamente probadas, conforme a los criterios establecidos en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud".

3º.-El hoy recurrente solicitó la prolongación del servicio activo y en la tramitación de dicho expediente se emitió informe de fecha 16 de marzo de 2009 de la Subdirección de Recursos Humanos sobre existencia de necesidades asistenciales en la categoría de FEA de Medicina Interna, en el que se concluía que no existía la necesidad de aplicar la excepción prevista en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos relativa a prolongar la permanencia en el servicio activo.

4º.- Por resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de 30 de marzo de 2009 se denegó la permanencia en servicio activo al hoy recurrente, y por resolución del Consejero de Sanidad de fecha 10 de junio de 2009 se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la citada resolución.

CUARTO.- En el desarrollo argumental del primer motivo de casación, cuyo enunciado genérico ha quedado expuesto en el Fundamento de Derecho Primero, indica el recurrente que en el procedimiento se practicó la prueba documental, que no fue objeto de valoración en la Sentencia. Afirma que dicha prueba consistió en esencia en:

- nombres, apellidos y DNI de los efectivos de la plantilla orgánica del Hospital Universitario Marques de Valdecilla en la categoría FEA Y JEFE DE SECCIÓN de Medicina Interna, a fecha marzo y noviembre de 2009, así como el número de plazas dotadas en dicha especialidad en dicha fecha, con especificación de su categoría.

- nombres, apellidos y DNI de los facultativos existentes en las listas de selección de la categoría, a fecha marzo de 2009.

- nombres, apellidos y DNI de los MIR de Medicina Interna que finalizaban su residencia en marzo de 2009.

- copia sellada de las listas de espera en la especialidad de Medicina Interna, en parámetros mensual y anual, referidas a los años 200, 2008 y 2009.

Añade que, si la Sentencia de instancia hubiera valorado la prueba y en concreto el documento remitido por el Director Gerente del HUMV respecto de la plantilla del Servicio, lo primero que llamaría la atención es que se trata de un Servicio que está en funcionamiento con una dotación humana inferior a la dotación presupuestada.

Aduce que no parece, comparando las listas de espera y la dotación real del servicio de Medicina Interna, que no existan necesidades asistenciales a la fecha que la Ley marca de los tres meses antes de la fecha de jubilación.

Concluye que, en el presente caso, resulta que existen evidentes necesidades del servicio por cuanto el recurrente, en el momento de su jubilación, no sólo no ha sido sustituido por otro facultativo, sino que dicho Servicio con la plantilla existente, tanto en el momento de la jubilación, como en la actualidad, no puede atender a la población sanitaria, como lo demuestra la larga lista de espera existente.

El GOBIERNO DE CANTABRIA en su oposición al recurso de casación sale al paso de la argumentación del motivo primero, niega que la sentencia de instancia incurra en incongruencia, y entiende que analiza suficientemente la cuestión jurídica debatida en relación con la prueba obrante en los autos para llegar a la conclusión contenida en el fallo de la misma, sin que quepa, por tanto, apreciar incongruencia de ningún tipo en la misma.

Añade que basta con repasar algunos de los fundamentos contenidos en la Sentencia de instancia, en concreto el Fundamento de Derecho Cuarto (folio 17 y párrafo final), de los que efectúa reproducción parcial de su contenido, para entender 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 ésta 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 Salud sobre la no existencia de necesidades asistenciales en la categoría de FEA MEDICINA INTERNA (folios 25-27 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 médicos. Y aduce la parte recurrida en apoyo de esa valoración global de la documental, y para rechazar el minucioso detalle que el recurrente considera que no ha sido objeto de valoración en la sentencia recurrida, y motivo por ello de incongruencia, las Sentencias de 10 de abril de 2000 de la Sección 6ª de esta Sala Tercera (Rec. cas. 8782/1995), en la que se cita la de 9 de febrero de 2000 (Rec. cas. 2239/1997) y la 6 de octubre de 2004, de la Sección 3ª de esta Sala (Rec. cas. 4228/2001) con reproducción de pasajes de dichas sentencias.

Concluye la oposición, afirmando que lo que se pretende de contrario mediante este motivo de interposición del recurso de casación es sustituir por su propio y particular criterio el objetivo e imparcial de la Sala de Instancia, que ha apreciado en su conjunto todo el material probatorio y ha sentado las conclusiones fácticas que resulta del mismo.

QUINTO.- Expuestas las tesis contrapuestas respecto al primer motivo de casación, se ha de observar, como punto de partida, que la Sentencia de instancia articula su razonamiento, para confirmar la denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, sobre la base de que no existe "necesidad asistencial", según la definición de necesidad asistencial que establece el apartado 4. f), del Anexo III, "Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud". Esto es, la Sentencia de instancia entiende por necesidad asistencial la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos a la jubilación del solicitante.

En el procedimiento administrativo constaba, según alega la recurrida, informe de la Subdirección de Recursos Humanos sobre existencia de necesidades asistenciales en la categoría de FEA de MEDICINA INTERNA, en el que se concluía que no existía la necesidad de aplicar la excepción prevista en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos relativa a prolongar la permanencia en el servicio activo.

En fase de prueba, a instancia de la parte recurrente, se practicó prueba documental relativa a la aportación de los certificados, con nombres, apellidos y DNI, de los efectivos de la plantilla orgánica del Hospital Universitario Marques de Valdecilla en la categoría FEA Y JEFE DE SECCIÓN de Medicina Interna, a fecha

marzo y noviembre de 2009, así como el número de plazas dotadas en dicha especialidad en dicha fecha, con especificación de su categoría; de los facultativos existentes en las listas de selección de la categoría, a fecha marzo de 2009; de los MIR de Medicina Interna que finalizaban su residencia en marzo de 2009, así como de la copia sellada de las listas de espera en la especialidad de Medicina Interna, en parámetros mensual y anual, referidas a los años 200, 2008 y 2009.

A instancia del Gobierno de Cantabria se practicó prueba documental, consistente en Informe de la Subdirección de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud, de fecha 3 de diciembre de 2008, en el que se indican los siguientes datos en relación con el año 2007: - Coste de Módulos para facultativos exentos de guardias por ser mayores de 55 años: Hospital Universitario Marqués de Valdecilla (777.484 #); Hospital Sierrallana (28.944#). - Número de nombramientos eventuales para suplir las guardias exentas en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla: 29. - Coste nuevos nombramientos eventuales para suplir la exención de guardias: 350.860 #., y así como sobre la existencia de convocatoria de plazas para facultativos en el Servicio Cántabro de Salud.

Una lectura conjunta de la sentencia recurrida nos permite afirmar que la misma tuvo en cuenta toda la prueba practicada. Así, en el Fundamento de Derecho Tercero se refiere "a la documentación obrante en el expediente e informes recabados", y se afirma en él que valoró la prueba en atención a la definición que el propio Plan de Ordenación de Recursos Humanos daba de la "necesidad asistencial", entendida como "carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos a la jubilación del solicitante", siendo así que lo que el recurrente discute es el propio concepto de necesidad asistencial así entendido.

Igualmente, en el Fundamento de Derecho Cuarto (último párrafo) incide en la existencia de un número de profesionales suficiente, en el Servicio de Medicina Interna, para cubrir aquellas necesidades, que considera probada mediante el informe del Servicio Cántabro de Salud, obrante al ramo de prueba a propuesta, precisamente, de la parte recurrente, que acredita que aquél cuenta con un profesional Jefe de Sección que cumple 65 años en el año 2009, un Jefe de Departamento y 19 facultativos especialistas, 5 MIR a fecha 2 de junio de 2009 y 32 facultativos en las listas de selección de la categoría.

Sentado lo anterior, procede recordar, por lo que se refiere a la valoración de la prueba, que, siendo cierto que la motivación de la sentencia exige dejar constancia de los elementos probatorios en los que se apoya la conclusión fáctica y las razones que llevan a la convicción del órgano jurisdiccional en atención a las pruebas contrastadas (S. 26-10-1999 , S. 14-7-2003), no lo es menos que en relación con el contenido, precisión o extensión que deba darse a esa expresión razonada de la valoración de la prueba, la doctrina constante de este Tribunal, de la que son exponente las sentencias citadas en su oposición al motivo por el Gobierno de Cantabria, a las que basta aquí con remitirnos, no exige la respuesta individualizada respecto a cada documento, sino que basta la respuesta globalizada. Por ello la falta del detalle que el recurrente reclama en la valoración de la prueba no es en modo alguno constitutivo de incongruencia ni de falta de motivación.

Resulta claro que en este caso la sentencia se mueve en el marco de flexibilidad que respecto del requisito de la congruencia tiene proclamada nuestra jurisprudencia, y por tanto no existe la afirmada vulneración del art. 218.1 y 2 de la LEC , ni del art. 24 CE . Debe pues, desestimarse este primer motivo de casación.

SEXTO.- En el segundo motivo, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables al caso, se enuncian en sendos apartados cuatro vulneraciones distintas, que han quedado reflejadas en el Fundamento de Derecho Primero.

A) En el primer apartado denuncia que la sentencia de instancia infringe 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 .

En el desarrollo argumental de dichas alegadas infracciones indica que la sentencia convalida la interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de permanecer en servicio activo de los facultativos afectados y que el Plan de Recursos Humanos se reduce a la constatación de la falta de sustitutos en el periodo de tres meses anterior al cese previsto.

Afirma que la sentencia de instancia en la interpretación de esta normativa deja sin contenido el principio de no discriminación por razón de edad, incluso con las matizaciones que tiene efectuada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Entiende el recurrente que la jubilación forzosa por alcanzar una determinada edad se trata de una "rara avis" en el panorama del derecho comparado dentro de nuestro entorno en la Unión Europea, y sostiene que

la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe toda discriminación por razón de edad. Añade que tal Directiva desarrolla el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Aduce que el artículo 6 de la Directiva dispone que las diferencias de trato por razón de edad deben estar justificadas objetiva y razonablemente, y el artículo 10 impone a la parte demandada la carga de la prueba relativa a demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

Destaca que, como reconoce la sentencia que se recurre, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado que una normativa nacional que establezca la jubilación forzosa por alcanzar una determinada edad puede ser conforme a Derecho siempre que concurren dos circunstancias: 1. Dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo. 2. Los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

Pone de manifiesto el recurrente que frente a los motivos expuestos en el Plan de Recursos Humanos y en la sentencia que se recurre, en el año 2009 y en el ámbito sanitario, se identifica plenamente una situación de grave carencia de médicos en el sistema nacional de salud, a lo que se suma que apenas existe desempleo en la profesión médica, por lo que, a su modo de ver, la medida de jubilación forzosa no podía tener amparo en ninguna de las dos circunstancias anteriormente citadas.

Considera el recurrente que la medida de jubilación forzosa no puede encontrar su justificación en una política de empleo adecuada, la cual no se justifica en el Plan, ni tampoco halla la justificación objetiva exigida por la normativa comunitaria, pues el Plan se remite a expresiones vagas e infundadas, lo que lo convierte en una medida discriminatoria por razón de edad, que debe ser declarada nula de acuerdo al artículo 13 del Tratado CE y la Directiva 2000/78/CE que lo desarrolla, así como al artículo 14 de la Constitución Española .

Concluye afirmando que teniendo en cuenta los injustificados y gratuitos juicios de desvalor formulados en el Plan de Recursos Humanos respecto a un supuesto menor rendimiento y a la exención de guardias -que constituiría un derecho subjetivo-, el Plan de Recursos Humanos se sustenta en una discriminación por razón de edad, carente de cualquier justificación objetiva y razonable, contraviniendo el artículo 14 de la Constitución .

B) En el segundo apartado considera que la sentencia de instancia infringe la jurisprudencia del TJCE, sentencias de 19/01/2010 (asunto C-555/07 Kükükdeveci) y 12/01/2010 (asunto C-341/08 , Petersen), sin bien a lo largo del recurso de casación no indica cómo y en qué medida se infringen las mismas.

C) En el tercer apartado reprocha a la sentencia de instancia infracción de los artículos 12 , 13 y 26 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud .

Sostiene que la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud, establece en el párrafo segundo del artículo 26.2 un verdadero derecho a la prórroga en servicio activo hasta los 70 años, y que la denegación de la prórroga no es un acto discrecional de la Administración, sino un acto reglado que únicamente puede tener lugar cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. La constatación de la falta de capacidad funcional del solicitante para el ejercicio profesional y desempeño de sus funciones; 2. La existencia de un plan de ordenación de recursos humanos elaborado con el contenido y los requisitos que el propio Estatuto Marco establece en los artículos 12 y 13; 3. Por tanto, 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.

Afirma el recurrente que el Anexo III incorporado al Acuerdo integral para la mejora de la calidad del empleo del personal de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, y que se denomina "Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud", no consta de las características del plan de recursos humanos a que se refiere el artículo 13 del Estatuto Marco.

Destaca que el Plan no incluye la determinación de los efectivos ni la estructura de recursos humanos adecuada para el cumplimiento de los objetivos del plan, tampoco indica los efectivos actualmente existentes, la estructura actual ni las medidas a adoptar para conseguir los efectivos y estructura deseada.

Pone de relieve el recurrente que lo único que dice el Plan es el número de efectivos afectados por la jubilación forzosa entre 2007 y 2009, además de una serie de consideraciones generales peyorativas y carentes de soporte probatorio sobre las inconveniencias del personal de mayor edad. En el sentir del recurrente esas consideraciones chocan con los datos reales sobre eficacia y excelencia en el desempeño de este personal, el grado alcanzado en la consecución de objetivos fijados por la Administración y el reconocimiento del que son acreedores por esa misma Administración en cuanto a carrera profesional.

Indica que el artículo 13 de la Ley 55/2003 determina que el Plan debe especificar los efectivos y la estructura de recursos humanos adecuados a los objetivos en materia de personal, y pese a tal exigencia, el Plan no recoge el número de efectivos que precisa el Servicio Cántabro de Salud para alcanzar los objetivos fijados, ni, por supuesto, nada dice acerca de la estructura de recursos humanos. Afirma que, a pesar de tales carencias, el Plan sí es capaz de cuantificar en su punto 5 el personal afectado por la implantación de la jubilación forzosa prevista en el artículo 26.2 del Estatuto Marco, en concreto 138 facultativos y 284 trabajadores correspondientes al resto de personal, lo cual no deja de ser un contrasentido para la parte, pues se conoce el personal sobrante, sin determinar previamente cuánto personal va a ser necesario ni cómo va a estructurarse. Esa falta de concreción constituye la nulidad del Plan de recursos humanos, citando en abono de su tesis varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

D) En el cuarto apartado reprocha a la sentencia de instancia que ha desconocido la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2010 (STS Sala 3 Secc.7ª Rec 18/2008).

Sostiene que las omisiones que presenta el Plan respecto al contenido a que se refiere el art. 13 del Estatuto Marco lo hacen inservible para el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.2 de la citada norma y los actos dictados en desarrollo del mismo constituyen una vulneración del principio de jerarquía normativa, por lo que concluye que, frente a lo expuesto en la sentencia, no existe en sentido material un plan de recursos humanos con el contenido que exige el art. 13 del Estatuto Marco, y por tanto no es posible dictar una resolución de denegación de prórroga, al faltar dicho requisito.

SEPTIMO.- En su oposición al motivo segundo el Gobierno de Cantabria, tras referirse sintéticamente al contenido del motivo, del que dice que se puede comprobar que repite casi en su totalidad los argumentos de la instancia, obligando a esta parte a reiterar los esgrimidos en el escrito de contestación a la demanda, afirma que es necesario con carácter previo situarse en el MARCO JURÍDICO QUE REGULA LA PRESENTE CUESTIÓN, que está compuesto, en primer término, por normas de derecho Comunitario, y ya en el ámbito interno español, por normas con rango de Ley.

Al efecto se refiere a la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre, que no prohíbe la jubilación forzosa, de la que transcribe su artículo 6.1 , y, como interpretación del mismo, a la Sentencia del Tribunal de justicia de la Comunidad Europea de 16 de octubre de 2007 (asunto Palacios de la Villa), relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria 10ª del Estatuto de los Trabajadores , modificada por la Ley 14/2005, que volvió a permitir que en los Convenios Colectivos se pactara una edad de jubilación, transcribiendo sus párrafos 77, 60, 56 y 57, con arreglo a los cuales, se avala la posibilidad del establecimiento de la jubilación por edad para los objetivos de ofrecer oportunidades en el mercado de trabajo a quienes buscan empleo, transformar los trabajos temporales en indefinidos, sustentar el empleo o contratar nuevos trabajadores sin que sea necesario que la normativa nacional en cuestión indique qué objetivo pretenda alcanzar, lo cual puede deducirse del contexto general en que se enmarca la medida.

En ese marco, dice la parte, se sitúa la Ley 55/2003, que establece la edad de jubilación como causa de extinción de la condición de personal estatutario (Art. 21.3), y lo desarrolla en el Art. 26, en el que fija esa edad a los 65 años.

Hace a continuación la parte una glosa del Art. 26, de la que pasa a la afirmación de que, para resolver acertadamente la controversia planteada por el presente recurso, 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 en atención a las necesidades plasmadas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

Tal Plan, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007, explicita los objetivos que se propone alcanzar, a través de, entre otras medidas, la jubilación forzosa a los 65 años, objetivos que coinciden con los indicados en el Derecho Comunitario, y en la interpretación que de éste ha hecho el TJCE, por lo que deben rechazarse los argumentos del recurrente relativos a su contradicción con la norma europea.

Según la parte, la jubilación prevista en el acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007 está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad del mercado de trabajo y de la formación profesional.

Destaca que el Acuerdo no regula únicamente la jubilación forzosa, sino que es un Acuerdo Integral para la mejora de la Calidad en el Empleo del Personal de las Instituciones Sanitarias del SCS, en el que se contempla: 1) el desarrollo profesional del personal no sanitario y sanitario, 2) las ofertas de empleo público y los traslados, 3) la revisión del complemento de Atención continuada, 4) un estudio sobre la viabilidad durante el 2007 de la exoneración de trabajo nocturno al personal mayor de 55 años, 5) un PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS (PORH), 6) el complemento específico, 7) la Comisión de Seguimiento del Acuerdo y 8) un compromiso de paz social.

Pasa a continuación a glosar los contenidos del Plan, de los que ha quedado amplia referencia en el Fundamento Tercero, con reproducción literal de distintos apartados.

De dicha glosa extrae la parte la conclusión de que el Plan explica que las bajas por jubilación generarán nuevo empleo, lo cual, como sabemos, es en sí mismo un fin legítimo y suficiente de las políticas de empleo para justificar la jubilación. Pero es que, además, el Plan se propone como fin adicional generar empleo estable, pues, como explica el Plan, el personal mayor de 55 años, al estar exento de la realización de guardias, genera la contratación de personal en situación precaria solo para ese fin, lo que el margen de los problemas asistenciales que conlleva, justifica la adopción de medidas de política de empleo como la que nos ocupa.

En efecto, continua la parte, el rejuvenecimiento de las plantillas permite disponer de unos facultativos en disposición de realizar guardias, con un empleo estable, frente a la situación precaria de quienes son contratados para realizar guardias. Esta situación, como explica el Plan, no solo es inadecuada desde una perspectiva de empleo, sino que supone un elevado coste económico y organizativo para el SCS, lo que se acredita por el Informe de la Subdirección de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud, acompañado en la contestación a la demanda.

No se trata, dice la parte de, castigar a quienes no realizan guardias o tienen un alto grado de absentismo, sino de una medida general de generación de empleo, de rejuvenecimiento de la plantilla y estabilización del empleo precario, objetivos perfectamente legítimos al amparo de Jurisprudencia comunitaria que venimos citando.

Buscando esos objetivos (rejuvenecimiento de las plantillas, fin del empleo precario y creación de empleo), el Plan articula varias medidas entre las que se encuentran la jubilación forzosa, pero también otras como la consolidación del empleo, la ejecución de las Ofertas de empleo público, las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad.

Respecto a la alegación del recurrente de la vulneración de los Art. 12 , 13 y 26 de la Ley 55/2003, el Gobierno de Cantabria , tras reproducir el art. 13 citado, afirma que el Plan ha sido acordado con las organizaciones sindicales en el seno de la Mesa Sectorial de Personal de Instituciones Sanitarias de 29 de diciembre de 2006, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007 y publicado en el Boletín Oficial de Cantabria de 29 de enero de 2007.

Expone el contenido del Plan, reiterando prácticamente lo expuesto antes al respecto, y saliendo al paso de la cita de Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argüidas por el recurrente, detalla las diferencias del caso actual respecto de los decididos por esas sentencias.

Por último, el Gobierno de Cantabria sale al paso de la alegada vulneración de la doctrina de la sentencia de 10 de marzo de 2010 de esta Sección, detallando la diferencia de casos entre el decidido en dicha Sentencia y en la ahora recurrida.

Al efecto destaca que la precitada sentencia de este Tribunal se dictó en Recurso en interés de Ley contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, precisando el fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de este Tribunal Supremo la cuestión a resolver, con transcripción parcial del mismo, indicando que la sentencia de la Sala de Cataluña estimó la pretensión del médico recurrente en base a que fue omitida la exigencia de un Plan previamente aprobado en el que constaran las necesidades impeditivas de la prolongación. Mientras que en el caso actual hay un Plan negociado, tramitado en su integridad y

publicado en el BOC, en el que se concreta qué se entiende por necesidades asistenciales ("se entenderá por necesidades asistenciales la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos a la jubilación del solicitante"), previsión aplicada en el caso por el Servicio Cántabro de Salud.

Alega el Gobierno de Cantabria que nada se dice en el Recurso de Casación interpuesto sobre este criterio, debiendo entenderse por lo tanto que la parte contraria se muestra conforme con el mismo y con la Sentencia de la Sala en lo que al mismo se refiere. Tras reproducir el contenido atinente a esa cuestión del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia recurrida, añade que de todas formas, incluso la Sentencia que se cita de contrario, la del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010, concede a la Administración un amplio margen para determinar las necesidades asistenciales, reproduciendo al efecto parte del Fundamento de Derecho Cuarto de la misma, para concluir que, dado dicho amplio margen, debe entenderse por este motivo conforme a derecho el criterio establecido en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos de Cantabria (por otra parte no discutido por la parte contraria), y no habiéndose acreditado de contrario la ausencia de personal sustituto, procede desestimar el recurso de casación interpuesto.

OCTAVO.- Planteado el debate sobre este segundo motivo del recurso de casación, en los términos que resultan de los dos fundamentos inmediatamente precedentes, la cuestión en él controvertida guarda sustancial identidad con la resuelta en la reciente sentencia de esta misma Sala y Sección de 15 de febrero de 2012 (R.C. núm. 2119/2011).

Afirmamos en los F.D. 8º y 9º de la citada sentencia lo siguiente:

«(...) OCTAVO.- Dados los términos del debate suscitado en torno al motivo segundo, debemos hacer la observación de partida de que el objeto de la crítica del motivo se centra en realidad no tanto en el acto singular recurrido, sino en torno al Plan de Ordenación de Recursos Humanos, sin que, como observa en su oposición el Gobierno de Cantabria, se ponga en cuestión en el motivo la afirmación clave de la Sentencia recurrida, de la carencia de necesidades asistenciales, atendida la definición de las mismas en el Plan; por lo que resulta claro, que dicho acuerdo singular, en principio, resulta plenamente coherente con el Plan y justificado por él, de modo que solo si el Plan de Ordenación de Recursos Humanos es impugnado indirectamente, pudiera considerarse contrario a Derecho, podría, en su caso, transmitir su pretendida ilegalidad al Acuerdo recurrido de modo directo.

Así pues, 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. (Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 6 de noviembre de 2009, R. Casación nº 4543/2005, F.D. 3º y Sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 25 de marzo de 2003, F.D. Segundo, con cita en ella de la de la misma Sala y Sección de 10 de diciembre de 2002, R. de Casación 1345/2000 F.D. Quinto, por todas).

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.

Al propio tiempo en la argumentación del motivo, al interpretar el sentido del artículo 26.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco de los Servicio de Salud, se incurre en un notorio exceso, cuando se parte de la consagración en él de un auténtico derecho a la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años, consideración esta que resulta clave en su crítica del Plan, y en la interpretación de los pretendidos defectos de éste en función del reclamado respeto de ese derecho.

Sin atenernos a un estricto paralelismo con la argumentación del motivo, consideramos necesario, en primer lugar, detenernos en esa consideración del pretendido derecho a la prórroga del servicio activo hasta los 70 años, que el recurrente da por establecido en el Art. 26.2 de la Ley 55/2003 y en la pretendida cobertura de esa concepción por nuestra Sentencia de 10 de marzo de 2010.

No podemos compartir la tesis del recurrente ni en cuanto a la interpretación del Art. 26.2 de la Ley 55/2003, ni a la del sentido de la Sentencia invocada.

Si, en efecto, fuese aceptable que el Art. 26.2 citado establece de modo inequívoco el derecho que la parte alega, podría tal vez exigirse que, para el establecimiento de la jubilación forzosa a los 65 años en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, fueran necesarios unos condicionamientos impeditivos o limitativos de ese pretendido derecho, de mayor rigor que los exigibles si se niega aquella base de partida.

Pero 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 (Art. 33. 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 exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación.) .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.

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 auténtico 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.

Y en cuanto al sentido de la Sentencia de 10 de marzo de 2010, tampoco el motivo se adecua al que le corresponde, y desde luego no puede verse en ella una concepción de la facultad del Art. 26.2 de reiterada cita como auténtico derecho en el sentido que hemos expuesto. Lo que se examinaba en dicha Sentencia (dictada en un Recurso en interés de Ley contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que había reconocido el derecho de un médico a continuar en el servicio activo, porque la denegación de su solicitud por el Servicio de Cataluña de la Salud no estaba amparada en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos) era la necesidad de justificar, tanto la autorización de la prórroga, como su denegación, que en el caso de la sentencia recurrida no se había justificado. Pero de esa Sentencia no puede extraerse la conclusión de que el Plan en este caso deba considerarse inexistente por la alegada vulneración del Art. 13 de la Ley 55/2003, por no determinarse los efectivos de personal, pues ese defecto queda fuera del área posible del enjuiciamiento indirecto del plan, a que nos referimos en líneas anteriores. Solo distorsionando la funcionalidad normativa de la jubilación forzosa en el contenido global del Plan, convirtiéndola en eje del mismo, lo que antes rechazamos, podría, en su caso, atribuirse a esa alegada vulneración la transcendencia para viciar el establecimiento de la jubilación forzosa, y aceptar su ilegalidad, base, a su vez, para aceptar la del acto singular que aplica tal jubilación, tesis que, reiteramos, hemos de rechazar.

Ni por supuesto, según ya hemos dicho, se puede ver en la sentencia citada el reconocimiento inequívoco de que en el Art. 26.2 de la Ley 55/2003 se consagra en auténtico derecho. Solo alterando el sentido del párrafo final, del F.D. Tercero de la misma, podría llegarse a una conclusión tal.

En dicho párrafo final se dice:

«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 [sic], 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.».

La tesis expresada en el párrafo transcrito, con otras palabras, acomodadas a las circunstancias del caso que en el recurso de decidía, coincide claramente con lo que antes hemos expuesto. Se debe añadir aquí que en este caso existe un Plan, en el que se definen las necesidades asistenciales, y que la Administración recurrida, al denegar la prórroga de la continuidad en el servicio activo, se ha atendido a esa previsión del plan y por tanto ha motivado su denegación "en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos" (Art. 26.2 Ley 55/2003).

NOVENO.- Hechas las precisiones de carácter general que han quedado expuestas, que por sí solas bastan para la desestimación del motivo, es conveniente, no obstante, dar respuesta a las concretas argumentaciones que lo sustentan.

Al respecto hemos de compartir la tesis del Gobierno de Cantabria, recurrido, de que en la argumentación del recurrente es en su casi totalidad reproducción de los argumentos de la demanda. No se trata, en efecto, de una crítica precisa de la sentencia, en la que se intente poner de manifiesto en qué sentido la sentencia, al responder a esos planteamientos de demanda, ha incurrido en error, sino de una descalificación global de la respuesta de la sentencia a sus argumentos, oponiendo a la tesis de ésta la propia de la parte, rechazada en aquella, técnica argumental que en la casación debe ir conducida al fracaso.

Tan solo es rescatable formalmente, si acaso, de los argumentos del motivo, en cuanto argumento idóneo en casación, la alusión a la falta de justificación de los contenidos ordenadores del Plan, tesis que no obstante, no podemos compartir, pues, habida cuenta que 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.

Compartimos la sentencia recurrida en sus razonamientos sobre la corrección jurídica del Plan, razonamientos que no estimamos desvirtuados en el motivo.

En especial la afirmación de que la Sentencia recurrida infringe la jurisprudencia del TJCE en las sentencias que cita, está ayuna de una argumentación que la avale y frente a tal afirmación, que no demostración, tanto la argumentación de la sentencia recurrida referente a esas sentencias, como nuestra propia lectura de éstas ponen en evidencia que tal alegada vulneración no existe.

En cuanto a las alegadas vulneraciones de los Art. 12 , 13 y 26 de la Ley 55/2003 , basta que nos remitamos a lo que quedó expuesto en el Fundamento anterior en cuanto al sentido del Art. 26.2 respecto a la solicitud de continuación en el servicio activo y a los límites de la impugnación indirecta, para rechazar las vulneraciones indicadas. Ni respecto al Art. 12, ni al 26 hay base en la argumentación del recurrente, para poder sostener que ni el Plan, ni su aplicación al caso del recurrente para negarle la continuación en el servicio, infrinjan en ningún sentido dichos preceptos. Y en cuanto a la alegada infracción del Art. 13, por cuanto el Plan no determina los efectivos ni la estructura, se trata de una cuestión que, como se adelantó en su momento, excede de lo que pueda ser impugnado en un recurso indirecto.



Finalmente en cuanto al alegado desconocimiento en la Sentencia recurrida de la Sentencia de esta Sala y Sección de 10 de marzo de 2010 (R. cas. 18/2008) ya quedó razonado antes el rechazo de tal argumentación.

Por todo lo expuesto se impone la desestimación del motivo analizado y por ende del recurso de casación».

En consecuencia, trasladando la doctrina expuesta al caso actualmente sometido a decisión, lo que resulta obligado por exigencias de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y unidad de doctrina, procede desestimar el motivo analizado y con ello, el recurso de casación.

NOVENO.- La desestimación total del recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA implica la necesaria imposición de las costas al recurrente, señalando como cuantía máxima de los honorarios la de 1.500 euros, atendidas las circunstancias del caso.

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación número 1579/2011, interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejias, en representación de D. Íñigo , contra la sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso número 313/2009 , con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente, en los términos establecidos en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.