

**RECURSO CASACION Num.: 2089/2009**

**Votación: 24/02/2010**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Juan José González Rivas**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero**

D. FERNANDO CANILLAS CARNICERO, SECRETARÍA DE LA  
SECCIÓN 7.ª DE LA SALA 3.ª DEL  
CERTIFICADO: Que en el día...

...dictado la siguiente **SENTENCIA**

**TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: SÉPTIMA**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Ramón Trillo Torres**

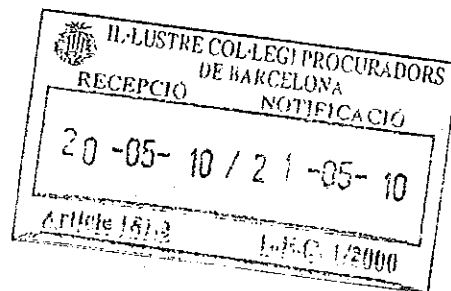
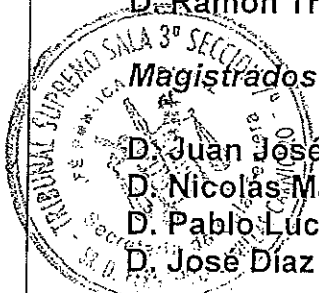
**Magistrados:**

**D. Juan José González Rivas**

**D. Nicolás Maurandi Guillén**

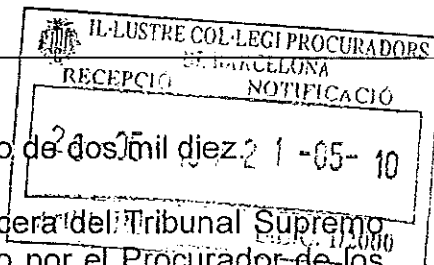
**D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva**

**D. José Díaz Delgado**



En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil diez 21-05-10

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 2089/09, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en nombre y representación del Instituto Catalán de la Salud, contra los Autos de fecha 22 de diciembre de 2008 y 12 de febrero de 2009 dictados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; no habiendo comparecido la parte recurrida.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Auto dictado el 22 de diciembre de 2008 en la pieza de suspensión del recurso número 2405/08 seguido ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, acuerda la suspensión de la resolución del Director Gerente del Instituto Catalán de la Salud, de fecha 28 de julio de 2008, por la que se declara a en situación administrativa de jubilación forzosa.

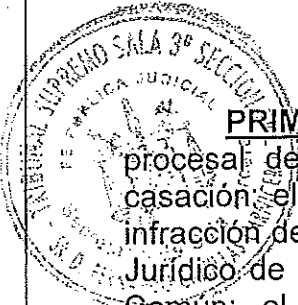
El posterior Auto de 12 de febrero de 2009 desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior, que se confirma en todos sus extremos.

**SEGUNDO.-** Contra dichos Autos se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal del Instituto Catalán de la Salud.

**TERCERO.-** Cumplidas las prescripciones legales, se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, Presidente de la Sección

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Instituto Catalán de la Salud se funda en tres motivos de casación: el primero, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, denuncia la infracción del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el segundo se fundamenta en la infracción de jurisprudencia constitucional: STC nº 99/87 y el tercero, se articula al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA denunciando la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de esta misma Ley.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de los motivos del recurso y en relación con la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo existe una doctrina jurisprudencial reiterada y constante de esta Sala (por todas, la Sentencia de 7 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 577/06), donde se señala que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136).

El sistema general se caracteriza por las siguientes notas:

a) Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

b) Se fundamenta en la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso" y el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

c) La jurisprudencia de esta Sala (por todas, la STS de 21 de marzo de 2006 -rec 2872/2004-) ha subrayado:

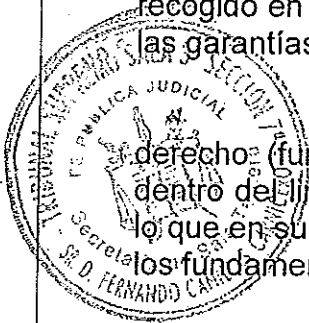
1º) La conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y se vulneraría otro derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

2º) Singular relevancia es la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), que permite en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión a los fines de la tutela cautelar.

d) Finalmente, el examen de la normativa aplicable permite constatar:

1º) La motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto y así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

2º) Un sistema de "numerus apertus", entre las que se encuentran las de carácter positivo y así, el artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia", permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la



medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

3º) La concreción del ámbito temporal de las medidas: "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

**TERCERO.-** Partiendo de estas consideraciones, por razones de sistemática procesal, resulta necesario examinar el tercero de los motivos de casación en el que se aduce la infracción de una norma reguladora de la sentencia, la congruencia, referida en este caso al Auto dictado en la pieza de suspensión del recurso de instancia.

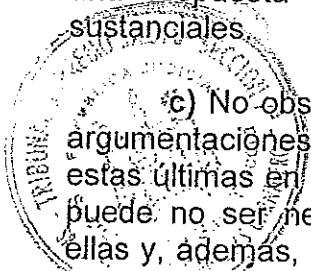
La parte recurrente sostiene que las resoluciones impugnadas incurren en incongruencia omisiva, denunciando a tal efecto la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA porque, entiende, el Auto de 22 de diciembre de 2008 resuelve el recurso "fuera de los límites de los motivos que lo fundamentan y haber dejado sin resolver todas las cuestiones planteadas por esta parte en el recurso de suplicación, algunas de ellas esenciales para su sustanciación" y, concretamente, se apunta que la Sala de instancia "ha obviado pronunciarse sobre el pronunciamiento contradictorio recaído en el recurso 2369/2008, la inaplicación al caso de las sentencias de la misma Sala relativas al Plan de Ordenación de Recursos Humanos del 2004 y la no generalización de la prórroga a través de la modificación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del 2008".

**CUARTO.-** Con carácter previo al examen del motivo hay que subrayar que esta Sala, en sentencia de 29 de marzo de 2006 (rec. 2298/01) y el Tribunal Constitucional, en sentencia de 18 de abril de 2005, ha sistematizado la doctrina acerca de la incongruencia de las sentencias, sosteniendo que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución judicial motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (entre otras, SSTC 20/1982 de 5 de mayo, 63/1999, de 26 de abril; 116/2001, de 21 de mayo; 174/2004, de 18 de octubre) y se ha elaborado un cuerpo de doctrina consolidado, que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte

dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos - partes- y objetivos -causa de pedir y petitum-. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre; sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o ex silentio y, de otra, la incongruencia por exceso o extra petitum. Aquélla se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita o pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamenten la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales.



c) No obstante resulta preciso distinguir entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno. La anterior reflexión cobra especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que el art. 33 LJCA, ordena que el enjuiciamiento de los órganos de este orden jurisdiccional se produzca "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición". Pues bien, dado que en el proceso contencioso-administrativo se ejercita necesariamente una pretensión de declaración de disconformidad del acto o resolución recurrida con el Ordenamiento jurídico (a lo que puede añadirse la pretensión del reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios), adquieren especial relevancia los motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa, si bien ello no enerva la distinción entre motivos sustanciales y no sustanciales susceptibles de ser resueltos tácitamente (SSTC 91/2003, de 19 de mayo; 83/2004, de 10 de mayo; 146/2004, de 13 de septiembre; 174/2004, de 18 de octubre; 250/2004, de 20 de diciembre).

d) En algunas ocasiones ambas modalidades de incongruencia, esto es, la incongruencia omisiva o "ex silentio" y la incongruencia por exceso o extra petitum, pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 156/2000, de 12 de junio; 130/2004, de 19 de julio).

**QUINTO.**- En el caso examinado, aunque la parte recurrente sostiene que el Auto de 12 de febrero de 2009 incurre en incongruencia omisiva, es lo cierto que a la vista de lo expresado en dicha resolución, así como en la que le precede de 22 de diciembre de 2008 -concretamente en el Fundamento de Derecho Cuarto de ambas resoluciones- resulta que el Tribunal de instancia resolvió razonadamente a partir de las pretensiones y alegaciones de las partes, sin desvío alguno, teniendo en cuenta precisamente la aplicabilidad al supuesto litigioso de los referidos Planes de Ordenación de Recursos Humanos del Instituto Catalán de la Salud.

Ahora bien, no hay que olvidar que en el supuesto que nos ocupa el objeto del proceso es la declaración de suspensión del acto administrativo. En consecuencia, por la propia naturaleza de este incidente no forman parte de las cuestiones controvertidas en esta pieza de suspensión los puntos sobre "procedencia de la declaración de jubilación forzosa" o "prórroga de la situación de servicio activo" que constituyen la cuestión de fondo, así como las cuestiones de legalidad que los mismos plantean. Por ello, los reproches contra los autos impugnados contenidos en el motivo tercero, han de ser rechazados si se tiene presente que lo que la parte recurrente solicita es que se resuelva en la pieza de suspensión la cuestión de fondo planteada.

Los autos impugnados no incurren en los vicios examinados e incidirían en incongruencia si resolvieran en la pieza de suspensión cuestiones que conforman el fondo del debate.

**SEXTO.**- En el primero de los motivos, la entidad recurrente denuncia la infracción del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con la irretroactividad de los actos administrativos, aduciendo que "el auto impugnado hace una interpretación errónea de dicho precepto, ya que la resolución impugnada no está haciendo una aplicación retroactiva, y por tanto indebida, del PORH".

En el segundo de los motivos se invoca la jurisprudencia constitucional (se cita la STC 99/87) que ha precisado que "el régimen jurídico del funcionario, y por tanto también del personal estatutario, puede ser modificado por los mismos cauces normativos en que fue establecido, sin que haya un derecho a mantener congelada la situación jurídica inicial".

SEPTIMO.- Tales infracciones conciernen no ya al objeto de este recurso que es la declaración de la suspensión de la ejecutividad solicitada, sino que se dirigen a poner de relieve la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución administrativa que se encuentra en el origen de estas actuaciones y tales problemas configuran el fondo del asunto.

Sin embargo, el objeto de esta pieza de suspensión es decidir si la declaración de suspensión de la resolución recurrida se ajusta a lo establecido en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional y sobre este punto nada ha alegado la entidad recurrente, razón por la que procede la desestimación del recurso de casación respecto de los motivos primero y segundo del recurso de casación.

En todo caso, la Sala de instancia estimó la suspensión solicitada razonando, entre otros extremos, que de acuerdo con los artículos 129 y 130 de la LJCA dicha solución, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del supuesto debatido: declaración de jubilación forzosa de funcionario que había solicitado previamente la prórroga en el servicio activo al amparo de lo prevenido al efecto en la Ley 55/2003; resultaba "verosímil una posible pérdida de efectividad de la Sentencia" que justificaba la decisión adoptada, sin olvidar la aplicación al caso del criterio contenido en la doctrina del "fumus boni iuris" y así lo hemos puesto de manifiesto en nuestra Sentencia de 16 de junio de 2004 (rec. 2916/01), pues la tutela cautelar, con fundamento en la doctrina del "fumus boni iuris", trata de evitar la frustración de una sentencia final, lo que implica el otorgamiento de la medida suspensiva cuando se produce la apariencia de buen derecho, suspendiendo la ejecutividad en tanto dure la pendencia del proceso en que es impugnado el acto, ya que de lo contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su previsible razón, no le supone una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, aunque posteriormente fuera resarcido en sus daños y perjuicios.

La Sala de instancia ha valorado la eventual frustración de la sentencia final que pudiera recaer en el pleito principal, razonando en este sentido que "Si no se suspende la medida y la sentencia que se dicte reconoce el derecho del demandante a permanecer en el servicio activo hasta los 70 años (teniendo en cuenta que ya tiene 65), difícilmente, dada la duración de la tramitación del recurso así como la pendencia de asuntos ante este Tribunal, la sentencia que se dicte podrá ser efectiva" y, por otra parte, ha eludido decidir sobre las cuestiones de fondo; ajenas a este incidente cautelar, declarando lo siguiente: "sin que debamos en esta pieza cautelar dilucidar otras cuestiones de legalidad -y de fondo- de la resolución impugnada que han de quedar reservadas para la sentencia que se dicte en este proceso".

OCTAVO.- Los razonamientos expuestos conducen a declarar no haber lugar al recurso de casación, sin costas.

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación número 2089/09 interpuesto por la representación procesal del Instituto Catalán de la Salud, contra el Auto de fecha 12 de febrero de 2009, dictado en la pieza separada de medidas cautelares dimanantes del recurso contencioso-administrativo número 2405/08 seguido ante Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirma el precedente Auto de 22 de diciembre de 2008 que acordaba la suspensión de la resolución del Director Gerente del Instituto Catalán de la Salud, de fecha 28 de julio de 2008, por la que se declara a en situación administrativa de jubilación forzosa, sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Lo preinserto concuerda bien y fielmente con su original e que me remito.

E para que conste y, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se da traslado a la Unión de las actuaciones y expediente con el presente auto de procedencia, a los debidos efectos. Expediente nº 2089/09. Firmo en Madrid a

09 ABR 2010



**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, en audiencia pública, celebrada en el mismo día de su fecha, lo que Certifico. Rubricado.