



Roj: STSJ MU 2521/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:2521
Id Cendoj: 30030330022014100796
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Murcia
Sección: 2
Nº de Recurso: 72/2014
Nº de Resolución: 842/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIANO ESPINOSA DE RUEDA-JOVER
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00842/2014

ROLLO DE APELACIÓN 72/14

SENTENCIA 842/14

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA
SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

D^a. Leonor Alonso Díaz Marta

D. Mariano Espinosa de Rueda Jover

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 842/14

En Murcia, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

En el rollo de apelación nº 72/14 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia nº 755/13 de 28 noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4, dictada en el recurso contencioso administrativo 633/12, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, en cuantía indeterminada, en el que figuran como parte apelante **La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Servicio Murciano de Salud)**, representada y defendida por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos y como parte apelada **D. Rogelio**, representado por la Procuradora D.^a Elisa Carles Cano-Manuel y defendido por la Letrada D.^a Carmen Fillol Vivancos, sobre Reconocimiento de servicios previos, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. Mariano Espinosa de Rueda Jover**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedarán los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 7 de noviembre de 2014.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de 3 de octubre de 2012 de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 21 febrero 2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que por un lado, reconocía al recurrente como período de servicios previos, el comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de diciembre de 2008, realizándose un nuevo cómputo del tiempo de servicios previos y señalándose como fecha de vencimiento del próximo trienio (89) del interesado, el día 25 de febrero de 2012. Por otro lado no reconocía a efectos de trienios y sus correspondientes efectos retributivos, los comprendidos entre el día 25 de enero de 2005 y el 31 de julio de 2008, período en el que prestó servicios en la Fundación Hospital de **Cieza**.

La Sentencia apelada anula el mencionado acto reconociendo, como situación jurídica individualizada, los servicios prestados por el actor en la situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público en la Fundación Hospital de **Cieza**, desde el día 25 de enero de 2005 hasta el 31 de julio de 2008, a efectos de trienios, con todos los derechos económicos que dicho reconocimiento conlleva desde el día 21 de febrero de 2009.

Basa la sentencia su decisión, para reconocer el periodo reconocido como servicios previos, que la Fundación Hospital de **Cieza** debe ser considerada como una Administración Institucional, y en todo caso, sector público a efecto de reconocimiento de trienios, de acuerdo con el artículo 29.3 de la Ley 30/84 (redacción dada por el artículo 50.4 de la Ley 62/03 30 diciembre), según el cual se computará a efectos de trienios, el período de prestación de servicios en Organismos o Entidades del Sector Público, con la excepción de los prestados en sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritario la participación directa o indirecta de la Administración pública. Considera que dicho artículo 29, tiene carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictada al amparo del artículo 149 de la CE, aplicable a los funcionarios públicos. Para el juzgador el sector público -concepto más amplio que el de Administración instrumental- comprende tanto la Administración Institucional como los Organismos independientes, las fundaciones y las sociedades estatales que tienen la forma de sociedades anónimas. Y la propia resolución de concesión de la excedencia califica a la Fundación Hospital de **Cieza** como Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Para la Administración regional apelante, el juzgador se equivoca al llegar a la conclusión de que debe ser reconocido el período de servicios prestados en la citada Fundación, aplicando para ello la Ley 70/78 de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública, al confundir dos conceptos diferenciados: administración pública y sector público, ya que son dos conceptos jurídicos diferenciados, pues si bien es cierto que la Administración pública forma parte del sector público, no puede afirmarse que el conjunto de entes, sociedades mercantiles, fundaciones etc., cuyo capital es mayoritariamente público, sea Administración pública.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la sentencia apelada.

Es sabido que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.

Por otro lado la jurisprudencia (sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la **plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas**, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, **sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo**. Por lo tanto los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso, ello sin perjuicio

claro está de recordar que el recurso de apelación es un "**novum iudicium**" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), **que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas** y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, **pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia** (auto del TC 122/1998, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la **errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada** (STS de 17 de enero de 2000).

TERCERO.- Debe partirse de los siguientes datos:

La Fundación Hospital de **Cieza**, fue inscrita en el Registro de Fundaciones de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia por resolución de 5 de febrero de 1997 de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia (BORM 17 de febrero de 1997).

Fue constituida por el Consejero de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, actuando en su nombre y representación el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, así como por el Alcalde Presidente del **Ayuntamiento de Cieza**, en nombre y representación del mismo.

Los fines de la fundación, según el artículo 6 de sus estatutos, eran la gestión, sin ánimo de lucro, de la prestación de todo tipo de servicios de asistencia sanitaria y social, dentro del ámbito de su actuación, siendo beneficiarios de la Fundación, los enfermos o personas que requieran asistencia sanitaria o social, con arreglo a los reglamentos o instrucciones de servicio, que en cada momento determine el Patronato (artículo 8).

La dotación inicial de la Fundación ascendió a 5.000.000 ptas. aportadas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, otros 5.000.000 ptas. aportadas por el Servicio Murciano de Salud, 5.000 ptas. aportadas por el **Ayuntamiento de Cieza** y otras 5.000 ptas. aportadas por el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

El Patronato quedó integrado por miembros designados por el Servicio Murciano de Salud, el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el **Ayuntamiento de Cieza**.

Los fines perseguidos eran de interés general de carácter asistencial, conforme al artículo 2 de la Ley 30/94 de 24 de noviembre , siendo clasificada con tal carácter e inscrita en el Registro de Fundaciones de la Región de Murcia.

El actor fue contratado como trabajador directivo de dicha fundación mediante contrato de trabajo suscrito el día 25 enero 2005 por la Presidente del Patronato.

CUARTO .- El problema que se plantea en el presente caso es si una Fundación Pública Hospitalaria, puede ser calificada como **Administración institucional a los efectos de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública**.

El artículo Primero. Uno de la Ley 70/78, de 26 de diciembre , de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, reconoce a los funcionarios de carrera la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la de Jurisdicción del trabajo y de la Seguridad Social previos al ingreso en los correspondientes Cuerpos, Escalas o Categorías tanto en calidad de funcionario de empleo como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral". A este respecto, no puede desconocerse la posibilidad de que las fundaciones puedan constituirse al amparo de lo establecido en la Disposición Final Única del Real Decreto- Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD. El artículo único del Real Decreto- Ley 10/96 vino a establecer que la administración de los Centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica. Esta posibilidad estaba ya prevista en el artículo 6.1 y 4 de la Ley 30/1994, de 24 de diciembre .

La Ley 15/1997, de 25 de abril, da una nueva redacción al anterior artículo único del Real Decreto-Ley 10/96, transformado ahora en Ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de

Salud. Admite, igualmente, la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, como son las fundaciones de naturaleza o titularidad pública.

El artículo 111 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, desarrolla el régimen de las fundaciones públicas sanitarias, señalando que será la normativa específica de cada Comunidad Autónoma la que regula a las fundaciones que se creen en sus respectivos ámbitos territoriales.

En relación con las fundaciones públicas sanitarias adscritas el Instituto Nacional de la Salud señala expresamente que son organismos autónomos y realiza una remisión a lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado para las entidades públicas empresariales en todo aquello que no se encuentre regulado en su normativa específica.

Asimismo, la Ley 52/2002, de Fundaciones, regula las fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del Sector público estatal, "aplicando la técnica fundacional al ámbito de la gestión pública" y hace referencia a la especial naturaleza de la "figura fundacional de carácter público", recogiendo los aspectos fundamentales de su régimen jurídico en su capítulo XI bajo la rúbrica "Fundaciones del sector público estatal".

Esta última Ley modifica la enumeración de las Entidades que integran el Sector Público Estatal, según el, entonces vigente, Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, RD-Legislativo 1091/1988, dando nueva redacción al apartado 5 de su artículo 6 al decir:

"Son fundaciones del sector público estatal, aquellas fundaciones en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".

Además, el apartado 2, del artículo 2, de la Ley 30/1992, dispone que "Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

Por su parte la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, al definir el Sector público estatal, incluye en la letra f), de su artículo 2, "las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones".

Para terminar debe recordarse que el artículo 10 de la Ley 53/84 dispone que "quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión".

QUINTO. - Por su especial significado y centrándonos en la Fundación Hospital de **Cieza**, hay que tener presente que la Comunidad Autónoma, a propuesta de Consejería de Sanidad, según fue notorio en ambientes sanitarios, tenía previsto proceder a la extinción de la Fundación "Hospital de **Cieza**" y, consecuentemente, realizar la integración de este centro hospitalario en el propio Servicio Murciano de Salud, a cuyo efecto se iniciaron los trámites administrativos para proceder a la integración del hospital, lo que incluía como primera medida proceder a la extinción de la Fundación. En definitiva el Gobierno regional consideró conveniente equiparar la gestión y funcionamiento de este hospital de **Cieza** al resto de hospitales del Servicio Murciano de Salud. Por una parte, era necesario extinguir la Fundación, de conformidad con la normativa aplicable, y por otra, el Servicio Murciano de Salud asumiría el centro como uno más de los hospitales que ya forman parte del sistema.

Esta integración suponía una vinculación plena con el Servicio Murciano de Salud, porque el hospital se convirtió en una Gerencia más de Atención Especializada dentro de los órganos periféricos de gestión y, por tanto, con plena dependencia funcional de los órganos centrales de dirección del Servicio Murciano de Salud.

Todo ello se ve confirmado por la Orden de 1 de diciembre de 2008 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se integra/incorpora en la Administración Pública de la Región de Murcia el personal de la "Fundación Hospital de **Cieza**". Esta Orden señala lo siguiente:

"La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través del Ente de Derecho Público Servicio Murciano de Salud, ha llevado a cabo diversas actuaciones con la "Fundación Hospital de **Cieza**", a fin de que

esta Administración Regional asumiera como propio el citado centro hospitalario dentro de la red sanitaria del citado Ente Público. En tal sentido, y mediante Orden de 13 de junio de 2008 de la Consejería de Presidencia se ratificaron los Acuerdos de extinción, liquidación y destino dado a los bienes resultantes de la liquidación acordados por el patronato de la Fundación Hospital de **Cieza**. Asimismo en la citada Orden se instaba, una vez ultimado el proceso de liquidación y entrega de los bienes resultantes de la liquidación al Servicio Murciano de Salud, a formalizar el Acuerdo de extinción, liquidación y destino de los citados bienes mediante escritura pública que sería presentada ante el Registro de Fundación para su inscripción y depósito. Por último, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de julio de 2008 se decidió la subrogación del Servicio Murciano de Salud en la posición jurídica que ocupaba la "Fundación Hospital de **Cieza**" con efectos de 1 de agosto de 2008. La integración/incorporación del personal, se ha de llevar a cabo en virtud del mecanismo de la sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Dicha sucesión conlleva la necesidad de integrar al personal, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia , cuyo Texto Refundido ha sido aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, quedando adscrito al Servicio Murciano de Salud del que pasa a depender funcionalmente, sin perjuicio de la dependencia orgánica de dicho personal respecto de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por aplicación del artículo 12. 4 del citado Texto Refundido. Es esa dependencia orgánica la que faculta a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas para proceder a la integración del personal en la Administración Regional".

SEXO. - Recapitulando, no es discutible que se puede computar a efectos de trienios, el período de prestación de servicios en Organismos o Entidades del sector público, con la excepción de los prestados en sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración Pública, según el artículo 29 de la Ley 30/84 , nueva redacción dada por la Ley 62/03.

Debe añadirse a toda la argumentación antes expuesta, que la propia Administración de manera expresa ha reconocido que la Fundación Hospital de **Cieza** es Entidad que forma parte de la **Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**- que es lo relevante en el presente caso- según se dice en la resolución de 30 de enero de 2008, dictada por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Director General de Recursos Humanos), por la que se amplía al actor el derecho a ocupar en el momento de su reingreso, una plaza de su cuerpo o Escala del mismo nivel. En el fundamento tercero de dicha resolución también se dice que el interesado, al continuar ejerciendo el cargo de Gerente de la Fundación Hospital **Cieza**, se mantienen las circunstancias que en su momento determinaron su declaración en la situación de excedencia por **prestación de servicios en el sector público** , con derecho a ocupar, en el momento de su reingreso, una plaza de su Cuerpo o Escala. Así pues, la declaración de excedencia lo fue por prestación de servicios en el sector público, como reconoce la propia resolución.

Por otro lado, otros documentos unidos a los autos confirman esta conclusión. Así en consulta elevada a la citada Dirección General de Recursos Humanos, se contesta en escrito de 18 de julio de 2007, que los servicios prestados en la Fundación para la Formación e Investigación Sanitarias de la Región de Murcia, dado el carácter público de la citada Fundación, son considerados en la Bolsa de Trabajo del Servicio Murciano de Salud como servicios prestados en la Administración Pública, a todos los efectos.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se concluye que una Fundación Pública Hospitalaria, puede ser calificada como **Administración institucional a los efectos de la Ley 70/1978** , de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, con rechazo de las argumentaciones en que basa la Administración regional apelante. La Sala no aprecia en la sentencia apelada la **errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o, como señala la jurisprudencia, cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada.**

SÉPTIMO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación; confirmando la sentencia en todos sus extremos con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA** ,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra la sentencia nº 755/13 de 28 noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia,



dictada en el recurso contencioso administrativo 633/12 , y como parte apelada D. Rogelio , que se confirma en todos sus extremos, con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ