

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de Febrero de 2010 (rec.347/2008).

### **SENTENCIA**

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil diez.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número

347/08, interpuesto por D<sup>a</sup> Felisa , representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Esperanza

Azpeitia Calvin; habiendo sido parte en las presentes actuaciones, además del actor, la Administración General del Estado,

representada por la Abogacía del Estado.

### **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso jurisdiccional contra la desestimación por silencio negativo de la solicitud de resarcimiento presentada al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales derivada de la negativa del INSS a otorgarla la jubilación parcial y que finalmente le fue estimado por sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo; una vez recibido, se confirió traslado del mismo a la parte demandante para que en el plazo legal formulase Demanda.

TERCERO.- La parte actora basa sus pretensiones, en síntesis, en que era contratada laboral del Servicio Vasco de Salud hasta su jubilación el 25 de junio de 2007.El 24 de abril de 2006 solicitó al INSS la jubilación parcial al amparo del RD 1131/2002, de 31 de octubre, lo que se rechazó por no poder presentar el Servicio un contrato de relevista bajo régimen laboral al impedirlo la 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Finalmente tuvo que acudir a la jurisdicción laboral y obtuvo sentencia favorable, lo que motivó que el INSS cambiase de criterio. Como consecuencia de lo expuesto, se demoró en 428 días su jubilación, tiempo durante el que se vio impedida para disfrutar de su derecho al descanso, inherente a la jubilación. Tras exponer los elementos que conforman el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, cifra el daño moral resarcible en 31.363,61€ que es el equivalente a la pensión de jubilación que hubiera percibido, lo que le compensaría el tiempo libre perdido.

CUARTO.- Conforme a tales fundamentos, es pretensión de la parte demandante que se anule el acto presunto antes referido y se la indemnice en 31.363,61€ más los intereses legales y moratorios.

QUINTO.- Conferido traslado al Abogado del Estado fundó su pretensión desestimatoria, tras exponer los elementos que conforman el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, alega que no hay daño

antijurídico pues el INSS aplicó la normativa vigente, esto es, la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores y las normas antes citadas, normativa que ha sido objeto de interpretación por los órganos judiciales. Lo que planteó la demandante ante el INSS era una cuestión dudosa pues se consideraba que la jubilación parcial regía para los trabajadores, pero no para los empujados públicos a lo que añade que la Ley 55/2003 sólo permite la prestación de servicios con personal estatutario. Estas dudas fueron objeto de consultas a centros directivos y se cambió de criterio a raíz de los pronunciamientos judiciales.

SEXTO.- Acordado el recibimiento a prueba del pleito y tras formular escritos de conclusiones, se acordó señalar para votación y fallo el día 17 de febrero de dos mil diez, en el que tuvo lugar a las 10,30 horas.

SÉPTIMO.- Que en la tramitación de la presente causa se ha observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, Presidente de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala conforme a los siguientes

## **FUNDAMENTOS**

PRIMERO.- La demandante, en su momento contratada laboral fija del Servicio Vasco de Salud, pretende que se le indemnice al amparo del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por haberle denegado el INSS el 3 de mayo de 2006 la jubilación parcial que interesó el 12 de abril de 2006 al amparo del RD 1131/2002, de 31 de octubre. No conforme con tal decisión, la impugnó y obtuvo *sentencia favorable del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria, de 4 de junio de 2007.*

SEGUNDO.- Como no pudo acogerse a esa modalidad de jubilación con efectos del 25 de abril de 2006 y tales efectos se llevaron al 25 de junio de 2007 en virtud de la citada Sentencia, se ventila en autos si la demandante debe ser resarcida por lo que entiende que ha sido un daño moral, esto es, que al haberse retrasado los efectos de esa jubilación parcial un total de 428 días, durante ese tiempo se le ha privado del disfrute de un tiempo libre, cercenándose sus expectativas de descanso.

TERCERO.- De forma análoga a lo que prevé el artículo 142.5 de la Ley 30/92, puede decirse que la anulación de la resolución del INSS de 3 de mayo de 2006 por la Sentencia antes citada, no presupone un derecho a ser indemnizado. Por lo tanto, de entre los elementos que integran el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siendo hechos no controvertidos que hubo una solicitud, que fue denegada y finalmente fue revocada mediante Sentencia firme, lo litigioso es si ese daño que invoca es antijurídico.

CUARTO.- El estándar de antijuridicidad viene dado en la Ley 30/92 por la exigencia de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar el

daño por el que reclama(*artículo 141.1*).La idea de soportabilidad jurídica del daño hay que enlazarla con lo dicho en el anterior Fundamento, esto es, que la anulación de un acto no implica por sí misma el derecho al resarcimiento. En el caso de autos, tal antijuridicidad depende de si la negativa del INSS tenía o no fundamento razonable, en definitiva, si se está o no ante una cuestión debatida.

QUINTO.- Al respecto el RD 1131/2002 fue dictado en ejecución del *artículo 166 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, en relación con el *artículo 12.6 Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*. Al amparo de esta normativa, es un hecho notorio que la extensión de esa normativa al empleo público, y más en concreto al personal de los Servicios de Salud, ha sido cuestión controvertida pues se venía entendiendo que regía sólo a favor de trabajadores por cuenta ajena.

SEXTO.- Aun siendo cosa juzgada ya el derecho de la actora a esa jubilación, debe dejarse constancia de que el INSS opuso que no cabía esa jubilación parcial pues el contrato de relevo no podía ser celebrado con otro contratado laboral sino con personal estatutario. Finalmente la sentencia admitió esa posibilidad, lo que no quita que fuese una cuestión debatida también en la contencioso-administrativa en la que se han ido dictando sentencias que han reconocido ese derecho a la jubilación parcial a favor de los empedados públicos.

SÉPTIMO.- Se entiende así que el *artículo 26.4 de la Ley 55/2003* reconoce el derecho a la jubilación parcial a favor del personal estatutario de forma que de tal precepto se deduce el derecho perfecto a esa jubilación, sin que se condicione a un desarrollo normativo posterior, ni a un plan de ordenación de recursos humanos. Así lo han declarado, por ejemplo, las *Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 1 de junio de 2009 y 2 de enero de 2008 (recursos 3172009 y 357/2007)*, del mismo Tribunal, *Sala de Burgos, de 20 de febrero de 2009 (recurso 118/2008)*; de Madrid de *18 de julio de 2008 (recurso 513/2008)* o de Asturias de *21 de mayo de 2009 (recurso 126/09)*.

OCTAVO.- Para reforzar ese razonamiento, tales Sentencias declaran que aun cuando fuere necesario tal plan, su carencia no puede imputarse al funcionario, sino a la Administración que deberá hacer todo lo posible para que el derecho del trabajador pueda hacerse efectivo, sin que sea admisible por una posible omisión solo a ella imputable el cercenar un derecho otorgado ex lege a todo funcionario estatutario.

NOVENO.- En el caso de autos se trata de la jubilación parcial de una contratada laboral fija y la excusa que dio el INSS es la ya expuesta, esto es, que el contrato de relevo no podría llevarse a efecto pues esa plaza sólo podría cubrirse con personal estatutario. Sin embargo en esas mismas Sentencias, declaran que para hacer posible la aplicación del *artículo 26.4 de la Ley 55/2003*, las previsiones contenidas en la normativa laboral sobre el contrato de relevo deben adaptarse a las figuras contractuales específicamente previstas para los supuestos de puestos vacantes o sustitución.

DÉCIMO.- Otras Sentencias han discrepado de la anterior doctrina como la de la *Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Granada) de 5 de noviembre del 2008 (recurso 1504/2008)* y de la *Sala de lo*

*Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 6 de febrero de 2008 (recurso 377/2007)*. Pero más significativas son las dos *Sentencias dictadas por la Sala 4ª de lo Social del Tribunal Supremo 3 de noviembre de 2009 (recurso 807/2009)* que sigue el criterio de la *Sentencia del Pleno de 22 de julio de 2009 (recurso 3044/08)*. En ambas se declara la improcedencia de la jubilación parcial del personal estatutario por falta de norma reglamentaria de desarrollo y a un plan de recursos humanos.

UNDÉCIMO.- Lo expuesto hasta ahora es, como se ha dicho, la evidencia de que se está ante una cuestión controvertida; de lo que se deduce que el criterio inicialmente sustentado por el INSS -sobre el que no se hace consideración alguna en esta Sentencia- no era ni mucho menos irracional, palmariamente contrario a Derecho, arbitrario o caprichoso, sino que encerraba un criterio de razonabilidad. Y que la Administración no se dejó llevar por unos planteamientos a toda costa impositivos, lo evidencia que a raíz de estas resoluciones cambió de criterio en la circular o instrucción 9/2007, de 17 de julio.

DUODÉCIMO.- En consecuencia, puesto que la demandante fija como daño resarcible no los gastos ocasionados, por ejemplo, por haber tenido que acudir a los tribunales, sino el daño moral de no disfrutar el tiempo libre que le habría deparado la jubilación parcial, derivada de la rebaja del 85% de su horario, es por lo que procede desestimar la demanda. Como se ha dicho el parecer del INSS estaba amparado en una aplicación razonable de la normativa, luego existía el deber jurídico de soportar sus consecuencias, lo que no quita para que la actora se negase a aceptarlo, lo impugnase y se reconociese su derecho.

De conformidad con el *artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, no se hace imposición de costas por no concurrir temeridad o mala fe.

## **FALLO**

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Dª Felisa contra la resolución presunta reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que es conforme a Derecho, confirmándola; no se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Fue publicada la anterior sentencia en la forma acostumbrada. Madrid a