

Expediente Núm. 342/2010  
Dictamen Núm. 279/2011

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 2 de diciembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por denegación de la jubilación parcial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de abril de 2010, se presenta en el registro de entrada de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de “daños y perjuicios” dirigida a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (Sespa), en relación con la denegación de una jubilación parcial, que fue reconocida en vía judicial.

El reclamante manifiesta ser personal laboral fijo de plantilla del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ocupando puesto de Auxiliar Sanitario Especialista en Psiquiatría, adscrito al centro de salud mental que consigna. Dice que el día 6 de marzo de 2009 interesó que “se le reconociese su derecho

a la jubilación parcial y formalización del oportuno contrato de relevo, que fue desestimada expresamente por escrito fechado el 17 de abril siguiente” y “tras deducir las correspondientes acciones judiciales se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de fecha 18 de enero de 2010, por la que se estimaba su demanda, reconociéndole el derecho a la jubilación parcial, derecho que tras quedar dicha sentencia firme, materializó (...) con efectos de 8 de marzo de 2010”. Añade que “de habersele reconocido su derecho, hubiese pasado a la condición de jubilación parcial con reducción de jornada de un 82%, que era -conforme a la legislación aplicable- el máximo correspondiente para el año 2009, en lugar del 80%, máximo correspondiente para el 2010, que es lo que se le ha reconocido”.

Considera injustificable la actitud de la Administración, “que incluso conllevó multa por temeridad en las actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Social, (que) implicó la demora de su jubilación durante un año”.

Dice que “se le han causado daños y perjuicios, concretamente el haber prestado servicios a tiempo completo durante un año, cuando en realidad durante el pasado año 2009 hubiese trabajado tan solo 20 días, correspondiéndole haber descansado el resto” y el mayor porcentaje de servicios que ha de prestar, un 2%, por la diferencia entre el porcentaje de reducción de jornada aplicable en 2009 (82%) que tendría “de habersele reconocido en tiempo y forma su derecho”, y el aplicable en 2010 (80%).

Cuantifica la indemnización en “los salarios equivalentes al período en que, debiendo de haber descansado, estuvo prestando servicios”.

Termina solicitando se acuerde reconocerle la indemnización de daños y perjuicios causados.

Adjunta Sentencia 32/2010 del Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Oviedo, del día 18 de enero de 2010, que estima la demanda interpuesta por el ahora reclamante el día 26 de junio de 2009, contra el Servicio de Salud del Principado de Asturias y declara el derecho de aquel “a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 82%, condenando al Sespa a estar y pasar por esta declaración y a concertar el contrato de relevo que corresponda dentro de

los términos legales, imponiéndole una multa por temeridad en importe de 600 € y la condena al pago de los honorarios del letrado del actor”. En sus fundamentos de derecho, consigna que “el Sespa no niega que el actor reúna todos los requisitos previstos en el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social para acceder a la pensión de jubilación parcial (...). Niega el derecho, alegando que el acceso a la situación de jubilación parcial, para el personal estatuario, requiere un acuerdo de la Administración que no existe, y aporta una sentencia dictada por el Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina el 22 de julio de 2009./ En el presente caso se trata de un personal laboral, no estatuario (...). La misma sentencia aportada, en fundamento tercero, reconoce ese derecho a los trabajadores por cuenta ajena, en base al artículo 166.2 de la LGSS y 1.1 y 10 del RD 1131/2002. En definitiva, el actor reúne los requisitos legales y reglamentarios para acceder a la jubilación parcial y el Sespa no razona nada en relación con este caso sino con otro supuesto, lo que además de estimar la demanda, conlleva la imposición de una multa (...) y los honorarios del letrado del actor (...) apreciando temeridad en su actuación”.

**2.** Por oficio del 31 de mayo de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones remite justificación de haber comunicado la reclamación a la compañía de seguros, así como hoja de cálculos relativa a las retribuciones correspondientes al reclamante entre el 7 marzo de 2009 y el 8 marzo de 2010, que ascienden a 26.806,04 €, y el 82% de las mismas a 21.980,95 €.

Indica remisión de informe de la Subdirección de Personal, cuando obre en su poder.

**3.** Con fecha 12 de julio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias solicita a la Gerencia del Hospital ..... informe de la Subdirección de Personal sobre el contenido de la reclamación.

**4.** El día 16 de julio de 2010 se remite informe de la Subdirección de Personal del Hospital ....., datado el 16 de junio de 2010. Expone el régimen de la

jubilación parcial del personal de las Administraciones Públicas; hace constar que el derecho a la jubilación parcial provoca incertidumbre porque ha de ser reconocido por una Administración y extiende una obligación económica a otra (INSS). Considera que “no habiéndose producido con anterioridad a la reclamación del demandante el reconocimiento de tal situación a otros trabajadores (...), no puede esgrimirse que la oposición a la pretensión del demandante fuese de modo consciente o doloso./ La variedad existente entre los diferentes tipos de personal (...) así como la normativa aplicable existente y de la dualidad de las administraciones involucradas (INSS y SESPA), en el reconocimiento de la jubilación parcial, no puede por tanto, dar lugar a la interpretación de que la negación a la jubilación parcial fuese producto de mala fe, temeridad o falta de consistencia en la oposición a estimar la solicitud del demandante”. Añade que “con relación al importe de la indemnización reclamado de 21.980,95 €, entendemos que no procede y máxime cuando es equiparado al salario por un trabajo realizado y ya retribuido”.

Adjunta copia de la Resolución de 17 de abril de 2009, del Gerente del Hospital ....., por la que se desestimó la solicitud de jubilación parcial del reclamante, en la que se considera que el ahora reclamante “es personal laboral y que el Estatuto de los Trabajadores no establece la obligación de la empresa al acceso al reconocimiento de la jubilación parcial./ Que en el Servicio de Salud del Principado de Asturias no se ha hecho efectivo el plan de ordenación de recursos humanos contemplado en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (...). Que la Ley 7/2007 en su Disposición Adicional Sexta vuelve a reiterar que la aplicación de la jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos, incluidos entre estos, el personal estatutario de los servicios de salud, queda demorada hasta la presentación del referido estudio./ Que cabe entender que la norma que se aplica al personal estatutario limita y demora la efectividad de la jubilación anticipada en el colectivo de funcionarios, a la presentación de los referidos estudios”.

5. Por oficio notificado al reclamante el día 15 de octubre de 2010, se le comunica el inicio del trámite de audiencia, por un plazo de quince días y la posibilidad de formular alegaciones y presentar documentos que estime procedentes. Asimismo se le adjunta copia de los documentos que figuran en el expediente.

El día 27 de octubre de 2010, el reclamante presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias, un escrito de alegaciones. Haciendo referencia al informe del Subdirector de Personal, manifiesta que “la existencia o no de un daño doloso, que por otra parte constituiría una actuación que encajaría en el tipo penal de prevaricación, no evita haber ocasionado al reclamante unos daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa, que no tiene el deber de soportar, por lo que entiende que la responsabilidad y su paralela indemnización debe acordarse, dado que la misma se contempla legalmente a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto”.

6. Con fecha 16 de noviembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, con base en los argumentos expuestos en el informe del Subdirector de Personal del Hospital .....

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de diciembre de 2010, registrado de entrada el día 7 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. ...., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 28 de abril de 2010, habiéndose dictado el acto al que se atribuyen los daños el día 17 de abril de 2009, lo que nos llevaría a pensar en la extemporaneidad del ejercicio de la acción.

Ahora bien, contra dicho acto se formuló reclamación previa en vía administrativa, y después la procedente en vía judicial, que fue estimada por Sentencia de 18 de enero de 2010. En este momento, se pone de manifiesto el

eventual efecto lesivo del acto, por lo que es claro que la reclamación fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** El reclamante, personal laboral del Servicio de Salud del Principado de Asturias, interesa indemnización por daños que atribuye a la desestimación de su solicitud de jubilación parcial, posteriormente estimada por fallo judicial.

La Constitución establece en el artículo 106.2 que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por su parte, la LRJPAC dispone, en su artículo 139.1, que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Aunque en estas normas únicamente se hace referencia a “los particulares”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye de este procedimiento a los funcionarios públicos, pero con la matización de que solo cabría su eventual aplicación en el caso de que la lesión se produzca por “un anormal funcionamiento del servicio público” (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>). Además, y en virtud de lo que la jurisprudencia denomina “instituto de la plena indemnidad”, no cabe excluir de plano el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como cauce complementario de indemnización, cuando las vías de resarcimiento específicas hayan sido notoriamente insuficientes para la “reparación integral” del daño (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>). Consideramos que esta doctrina es aplicable por extensión a todos los empleados públicos, cualquiera que sea el régimen jurídico -administrativo o laboral- al que esté sometida su relación con el Principado de Asturias.

Consta efectivamente la desestimación de la solicitud de jubilación parcial del reclamante por Resolución del Gerente del Hospital ....., de 17 de

abril de 2009, y su estimación por Sentencia del Juzgado de lo Social N° 2 de Oviedo, datada el 18 de enero de 2010.

Como daños, el reclamante señala “el haber prestado servicios a tiempo completo durante un año” y el mayor porcentaje -un 2%- de los que ha de prestar hasta su jubilación ordinaria cuantificando su indemnización en “los salarios equivalentes al periodo en que, debiendo haber descansado, estuvo prestando servicios.

Sobre esta base, cabe entender que no se ha acreditado ningún daño efectivo, dado que los servicios prestados hasta la fecha del reconocimiento de su jubilación parcial y, en su caso, los que siga prestando en la actualidad, están compensados con el salario, que el reclamante no niega haber percibido ni seguir percibiendo en la parte que le corresponda. Por tanto, resulta improcedente valorar una indemnización por conceptos que ya han sido satisfechos por la Administración, lo que conllevaría, por sí mismo, la desestimación de la reclamación presentada.

Tampoco puede reconocerse como daño un eventual derecho a un mayor período de descanso, dado que no está reconocido con carácter general, conforme a la normativa vigente, un derecho subjetivo a la jubilación parcial. La obligación de prestar dichos servicios dimanaba del acuerdo de voluntades entre el ahora reclamante y el Principado de Asturias, plasmado en el correspondiente contrato. La jubilación parcial requiere un nuevo acuerdo en torno a los cambios pretendidos en dicha prestación, de modo que debe distinguirse entre el cumplimiento de los requisitos exigidos en el ámbito estricto de la Seguridad Social y las obligaciones derivadas de la relación laboral, sin que el cumplimiento de los primeros determine necesariamente una novación en la segunda, tal y como ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de junio, 6 y 7 de julio y 21 de septiembre de 2010, de la Sala de lo Social, Sección 1.ª, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina. Todo ello sin perjuicio de que, en el caso concreto aquí planteado, el derecho a la jubilación haya sido reconocido por la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 2 de Oviedo, de 18 de enero de 2010.

En cualquier caso, incluso aunque se hubiera podido apreciar la existencia de un daño efectivo, la conclusión de este dictamen no cambiaría, pues no cabe apreciar en este caso un funcionamiento anormal del servicio público.

En efecto, por una parte, no puede apreciarse que la solicitud del interesado, formulada el día 6 de marzo de 2009, no haya sido resuelta en tiempo -como reprocha-, constando que lo fue el día 17 de abril del mismo año, sin agotar el plazo de tres meses generalmente previsto para la resolución de los procedimientos por la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, lo que revela una notable celeridad, más cuando no existían precedentes, pues era el primer trabajador del Sespa que solicitaba la jubilación parcial.

De otra, tampoco puede apreciarse que la solicitud no se haya resuelto "en forma", es decir, conforme con la normativa de aplicación: en este caso, el rechazo a la jubilación anticipada del interesado se justificaba por las condiciones que el régimen jurídico aplicable al personal de las Administraciones Públicas imponía a dicha jubilación, según se exponía en la Resolución del Gerente del Hospital ..... del día 17 de abril de 2009, consistentes en estudios a realizar por el Gobierno Central y un plan de ordenación de recursos, pendiente de aprobación por el Principado de Asturias, señalando también que el ET no establecía la obligación de la empresa de acceder a la petición de jubilación parcial.

Es cierto que el Juzgado de lo Social Nº 2, de Oviedo, consideró que estas razones no eran de aplicación al caso, fallando la imposición de condena en costas y multa por temeridad al Principado de Asturias, lo que es utilizado por el reclamante como fundamento a su pretensión indemnizatoria. No obstante, en nada afecta tal pronunciamiento judicial al examen de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En primer lugar, debe considerarse que el fallo judicial agota sus efectos en los ámbitos competencial y procedimental en los que se dicta, sin que resulte vinculante para un procedimiento diferente como es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Además, y sin hacer una revisión de fondo del acto administrativo que no corresponde en esta sede, no cabe apreciar una manifiesta falta de fundamentación o arbitrariedad en la citada Resolución de 17 de abril de 2009 que denote un funcionamiento anormal de la Administración como título de imputación de una responsabilidad patrimonial. En este sentido, la Gerencia del Hospital ..... justifica su pronunciamiento con base en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, siendo esta última de aplicación supletoria al personal sanitario laboral, tal y como establece su artículo 2.3. En cuanto al contenido del acto, hay que tener en cuenta que la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional, en relación con recursos de apelación sobre reclamaciones de responsabilidad como la que se analiza, confirma la existencia de criterios judiciales dispares en materia de jubilación parcial del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Así, por todas, la Sentencia de 5 de mayo de 2010, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, destaca que ello “pone de manifiesto que en el caso de los empleados públicos (estatutarios, o laboral, en aquellos supuestos en que pervive ese régimen), la cuestión no es pacífica, en función precisamente de la especificidad de la relación laboral, destinada a atender una necesidad de carácter público de prestación a los ciudadanos”, lo que impide considerar que la resolución por la que se desestimó la solicitud del ahora reclamante carecía manifiestamente de motivación o de fundamento o que fuera arbitraria.

Por ello, incluso en el caso de haberse acreditado un daño por el reclamante, este no podría imputarse a un funcionamiento anormal en el servicio público susceptible de generar un derecho a la indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación formulada por .....

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.