



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y
Ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 10 de febrero de 2022, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 7/2022

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 11 de enero de 2022 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios sufridos por no haber podido acceder a la jubilación parcial en las condiciones anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 17 de enero de 2022, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 7/2022, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Herrera Campo.

Primero.- El 10 de abril de 2013 la Universidad de cccc presentó en el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), junto con copia del II Convenio Colectivo del Personal Laboral de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León (normativa en la que se contempla la posibilidad de acceso a la jubilación parcial), una relación de trabajadores que podrían solicitar dicha jubilación parcial, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de

marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. En esta relación no se incluyó a D. yyyy, trabajador de la Universidad como personal de administración y servicios, no obstante reunir los requisitos normativamente exigidos.

Segundo.- El 4 de diciembre de 2017 D. yyyy solicitó el acceso a la jubilación parcial del 50 %, situación que le fue reconocida mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS de 11 de diciembre de 2017, reconociéndole el derecho a percibir una pensión del 50 % sobre una base reguladora de 2.129,86 euros, que fue determinada computando las bases de cotización del período comprendido desde el 1 de octubre de 1997 hasta el 30 de septiembre de 2017.

Tercero.- El 14 de enero de 2019 el interesado interpone demanda, que tiene por objeto que se declare que la base reguladora de la pensión que le corresponde asciende a 2.269,82 euros mensuales, o la que resulte del cálculo correspondiente al período comprendido entre octubre de 2002 y septiembre de 2017.

La Sentencia 357/2019, del Juzgado de lo Social número 2 de xxxx, recaída en el procedimiento 38/2019, estima la demanda del reclamante y declara que "la base reguladora correspondiente a la pensión de jubilación parcial reconocida al actor ascendería a 2.269,82 euros", condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a estar y pasar por tal declaración y absolviendo a la Universidad codemandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Consta como hecho probado que el 4 de diciembre de 2018 el demandante presentó reclamación previa, interesando "que se le tenga por incluido entre los trabajadores que son susceptibles de acceder a la jubilación de acuerdo a lo dispuesto en la normativa de aplicación de la jubilación parcial", y que tal reclamación previa fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 19 de diciembre de 2018.

En su fundamento de derecho tercero la Sentencia 357/2019 dispone que "como se ha puesto de manifiesto por las entidades codemandadas, pese a que el escrito con valor de reclamación previa se solicitaba por el actor la subsanación del error, con la consiguiente inclusión en el listado de trabajadores con posibilidad de acceso a la jubilación parcial, dicha pretensión no se recoge expresamente en la demanda, si bien, debe entenderse implícita".

Cuarto.- El 20 de noviembre de 2019 D. yyyy presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Universidad de cccc, debido al supuesto perjuicio causado por el hecho de no estar incluido en la relación de trabajadores que podrían solicitar la jubilación parcial en las condiciones anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que la Universidad de cccc remitió al INSS.

Solicita como indemnización el abono de 16.822,66 euros en concepto de jornada de trabajo prestada por encima de la que correspondía, por habersele reconocido una reducción de un 50 % y no de un 75 %.

Quinto.- Por Acuerdo del Gerente de la Universidad de 4 de marzo de 2020 se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor del expediente.

Sexto.- El 24 de septiembre de 2021 el interesado solicita que se proceda a dictar resolución expresa relativa al procedimiento iniciado, y solicita la entrega de copia del expediente tramitado.

Séptimo.- El 30 de septiembre siguiente por resolución del Gerente de la Universidad se nombra nueva instructora del procedimiento.

Octavo.- Obra en el expediente informe del Servicio de Gestión de Personal de Administración y Servicios de la Universidad de 15 de octubre de 2021. En el mismo se señala:

“Efectivamente en la citada relación no figuraba D. yyyy, pero en ningún caso se consideraba esta relación como cerrada y definitiva en el sentido que ha sido utilizada por el INSS.

»(...) Tal y como consta en Sentencia 357/2019 de 7 de octubre de 2019, la Universidad de cccc alegó que la no inclusión fue un mero olvido.

»(...) Este Servicio considera que la comunicación al Instituto Nacional de la Seguridad Social no era determinante, es decir que el error no era absoluto, y el propio INSS podría haberlo corregido al ver la petición del reclamante. Fue el propio INSS quien decidió conceder la jubilación parcial en base a su solicitud.

»En consecuencia, debe entenderse que si alguien ocasionó un perjuicio al reclamante fue el Instituto Nacional de la Seguridad Social y no la Universidad de cccc”.

Noveno.- El 19 de octubre se abre el período de prueba. Se acuerda de oficio la incorporación al expediente de la Sentencia 357/2019, del Juzgado de lo Social nº 2 de xxxx, y se solicita al Servicio de Retribuciones y Seguridad Social copia de las nóminas cobradas por el interesado en los últimos 24 meses en que estuvo dado de alta como trabajador en la Universidad de cccc. Asimismo se acuerda la práctica de prueba documental consistente en solicitar al recurrente que declare si ha interpuesto reclamación ante el INSS o la TGSS y que aporte copia de las nóminas abonadas por el INSS en pago directo correspondientes a los meses de noviembre de 2017 a noviembre de 2019.

El 2 de noviembre el interesado aporta la declaración responsable requerida, manifestando que no puede aportar las nóminas que le solicitan dado que el INSS no emite ese documento.

Décimo.- El 11 de noviembre se da trámite de audiencia al interesado.

El 26 de noviembre siguiente D. yyyy, en su escrito de alegaciones, vuelve a reclamar el valor del 25 % de la jornada que trabajó sin tener que haberlo hecho y sin percibir, en consecuencia, la pensión reconocida por el INSS.

Decimoprimer.- El 22 de diciembre de 2021 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Decimosegundo.- En la misma fecha los Servicios Jurídicos de la Universidad informan favorablemente la citada propuesta de resolución.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (20 de noviembre de 2019) hasta que se formula la propuesta de resolución (22 de diciembre de 2021). Se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa conforme a lo dispuesto en su artículo 21.1.

3ª.- La reclamación se ha interpuesto por persona legitimada, de acuerdo con el artículo 4 de la LPAC. El órgano competente para la resolución del presente expediente de responsabilidad patrimonial es el Rector de la Universidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en concordancia con el artículo 88.k de los Estatutos de la Universidad de cccc.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67.1 de la LPAC.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad, en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre los daños y perjuicios que el reclamante afirma haber sufrido al no haber sido incluido en la relación de trabajadores que podrían solicitar la jubilación parcial, en las condiciones anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que envió la Universidad de cccc a la Dirección Provincial del INSS el 10 de abril de 2013.

En primer lugar, debe analizarse si en el presente caso existe un daño efectivo y si aparece acreditado por el reclamante.

En relación con el requisito del daño efectivo, reiterada jurisprudencia indica que para que el mismo concorra es imprescindible que se haya producido una lesión real y efectiva. Así, la Sentencia de 6 de noviembre de 2015, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, señala en su primer fundamento de derecho como indispensable la presencia de un "daño real y efectivo para la actora", o la Sentencia de la misma Sala de 10 de mayo de 2012 declara que "reiterada jurisprudencia (S. 23 de marzo de 2009, recurso de casación 412/2006, FJ 2º) continua proclamando que el daño ha de ser actual y efectivo, no hipotético (S. 24 de febrero de 1994, recurso de apelación 9267/90), por lo que no caben meras especulaciones o expectativas (Sentencia de 25 de noviembre de 1995)".

Para determinar si existe daño real y efectivo, evaluable económicamente, hay que analizar si la no inclusión del interesado en la relación de trabajadores

que podían solicitar la jubilación parcial en las condiciones anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que aportó la Universidad de cccc al INSS, ha conllevado para él un verdadero perjuicio económico.

En los términos expuestos en los antecedentes de hecho, el reclamante manifiesta que "las retribuciones percibidas desde el mes de noviembre de 2017 al mes de octubre de 2019, con el 50 % del salario correspondiente al 50 % de la jornada ha ascendido a 33.645,33 euros, por lo que reclamo el importe de las horas trabajadas en exceso y que suponen el 50 % de dicha cantidad, esto es 16.822,66 euros", siendo este el perjuicio económico supuestamente causado, con lo que da a entender que en ese periodo no ha percibido remuneración alguna.

La propuesta de resolución aborda en primer lugar "la incoherencia de la actuación procesal de D. yyyy, quien en un primer momento ante esta Administración solicita hasta por dos veces pasar a realizar una jornada de trabajo a tiempo parcial del 50 % de la jornada ordinaria a fin de obtener la jubilación parcial al 50 % y, una vez concedida por la Universidad en los términos por él solicitados, posteriormente formula una solicitud de responsabilidad patrimonial en la que fundamenta su reclamación de daños y perjuicios en el hecho de no habersele reducido la jornada en un 75 % del tiempo de trabajo ordinario".

Este Consejo Consultivo no puede sino compartir este criterio. El reclamante solicitó y se le concedió en los términos pedidos la jubilación parcial, acto que deviene consentido y firme, que no ataca en sede judicial, en la que se limita a cuestionar el cálculo de la base reguladora de su pensión, sin perjuicio de que el Juzgado de lo Social nº 2 de xxxx en su ya citada Sentencia 357/2019, de 7 de octubre de 2019, señale la "posibilidad de resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran haberse generado al actor por el error de omisión de la entidad empleadora", cuestión que se está debatiendo en el presente supuesto.

Así, sobre el supuesto perjuicio económico sufrido por el reclamante, señala la propuesta de resolución, de manera acertada y muy detallada, que "Del examen de las nóminas, incorporadas al expediente, percibidas desde noviembre de 2017, mes en el que se jubila parcialmente al 50 %, hasta noviembre de 2019, mes en el que se produjo la jubilación total, y de la documentación del INSS aportada por el reclamante al expediente sobre la cuantía de su pensión, se concluye que ha percibido una cantidad bruta total que asciende a 66.887,26 euros, mientras que en el supuesto planteado por el trabajador, jubilación al 75 % y jornada de trabajo al 25 %, hubiese percibido un importe total, sumadas ambas percepciones, de 63.760,35 euros".

Por tanto, es evidente y resulta acreditado que no se ha causado el daño patrimonial alegado por el reclamante, sin perjuicio de la posible existencia de daños de otra naturaleza que no se han planteado por el interesado y que, por ello, no se analizan en el presente dictamen.

Finalmente, por lo que se refiere a la posible responsabilidad de la Universidad, la Sentencia 357/2019 manifiesta en el fundamento de derecho tercero, lo siguiente: "Pues bien, respecto al derecho del actor a que se le tenga por incluido en el listado presentado por la Universidad a efectos de acceso a la jubilación parcial, basta con remitirse a los argumentos contenidos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 8 de mayo de 2019, que resuelve un supuesto análogo al presente, en la que, a su vez, reproduce la doctrina contenida en la STS de 4 de abril de 2019, que nos lleva a concluir que la exclusión del actor de la relación de trabajadores afectados por la jubilación parcial, debida a un simple error material de la entidad empleadora, toda vez que reunía el requisito de edad (nacido en noviembre de 1954), no puede operar en su perjuicio, lo que determina el reconocimiento de su derecho a que se le tenga por incluido entre los trabajadores que accederían a la jubilación parcial aplicando la normativa anterior a la Ley 27/2017".

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia 259/2018, dictada en un caso similar, señalaba: "Se denuncia por la parte recurrente la infracción, por aplicación indebida, de lo establecido en la disposición final duodécima, número 2, letra c) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en relación con el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social (1994), e inaplicación del artículo 4.1 del Real Decreto 1716/2012, que desarrolla la citada Ley 27/2011.

»Manifiesta la recurrente su discrepancia con la sentencia de instancia, alegando que para que una persona esté incluida en la relación de trabajadores con derecho a acceder a la jubilación parcial anticipada no se exige únicamente el requisito de edad, sino que existe también un requisito temporal exigido por la normativa que se cita como infringida, cuando dice que "los trabajadores afectados o las empresas presenten certificados acreditativos de la identidad de los trabajadores que podrían solicitar esta jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013". En este caso la actora no fue incluida en la relación certificada que se exige en la referida normativa, considerando la entidad gestora que lo que la sentencia de instancia califica de un error que no puede perjudicar al actor no es un error que pueda subsanarse sino que se trata de un requisito normativo temporal.

»Sobre la cuestión litigiosa aquí planteada ya se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sentencias recaídas en los recursos 1766/2016 y 1885/2016 de fecha 19 de diciembre de 2016 y, en la más reciente, de fecha 7 de junio de 2017. En la última de las citadas decíamos: [...] En las sentencias de esta Sala citadas por la recurrente, las dos fechadas el día 19 de diciembre de 2016 (Recs. 1766/16 y 1885/16), dijimos que el error material no es una mera alegación de la Universidad de cccc, sino un verdadero hecho probado, aunque en este caso no se halla entre los expresamente declarados así pero sí parte de esa calificación la Magistrado en el fundamento de derecho séptimo. Como dijimos en esas sentencias, ese error material no puede perjudicar al demandante, dándole una trascendencia excesiva en una materia como la de Seguridad Social en la que las normas deben ser interpretadas en beneficio de los beneficiarios de las prestaciones.

»Por lo que se refiere a la sentencia de la Sala Cuarta citada por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, la misma no es propiamente aplicable al presente supuesto porque en el enjuiciado por aquella Sala se trataba de la denegación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social del registro de un acuerdo empresarial de jubilación en base a que no contenía un acuerdo colectivo, sino pactos parciales con varios empleados, señalando el Tribunal que no es preciso que la Entidad Gestora requiriese para la subsanación, puesto que formalmente la solicitud reunía todos los requisitos que marca la ley, simplemente es que no eran viables, y nada empece para que la empresa hubiese indicado en ese momento que sí existía un acuerdo colectivo. Sin embargo, en este supuesto el acuerdo colectivo existe (hecho probado segundo) y lo único que ha ocurrido es que por un error ha quedado fuera de la certificación el actor, quien cumplía el requisito de edad para ser incluido en la misma (había nacido el 30 de noviembre de 1954, según el hecho probado primero), cuestión que ahora no se discute.

»Por ello, la Sala entiende que la decisión de la Magistrada de instancia expuesta en la sentencia impugnada es conforme a derecho por lo que procede su confirmación previa desestimación del recurso interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social”.

Por lo expuesto, resulta que la falta de inclusión del trabajador en la relación remitida por parte de la Universidad de cccc no fue determinante, es decir, el error no era absoluto, y el INSS podría haberlo corregido de oficio al ver la petición del reclamante.

En consecuencia, al no concurrir los presupuestos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Universidad, procede desestimar la reclamación.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios sufridos por no haber podido acceder a la jubilación parcial en las condiciones anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

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