

Roj: STSJ CAT 10960/2011
Id Cendoj: 08019330042011101070
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Barcelona
Sección: 4
Nº de Recurso: 188/2010
Nº de Resolución: 1261/2011
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: LUIS FERNANDO GOMEZ VIZCARRA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Rollo de apelación nº 188/2010

Parte apelante: AJUNTAMENT DE BARCELONA

Representante de la parte apelante: Conrado

Parte apelada: TRINITAT VILARRASA SALOMO

Representante de la parte apelada:

S E N T E N C I A Nº 1261/2011

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

D. JOAQUIN BORRELL MESTRE

D. LUIS FERNANDO GÓMEZ VIZCARRA

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de noviembre de dos mil once

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don LUIS FERNANDO GÓMEZ VIZCARRA, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10/12/2009 el Juzgado Contencioso Administrativo 17 de Barcelona, en el Procedimiento abreviado seguido con el número 326/2009, dictó Sentencia Estimatoria del recurso interpuesto contra desestimación del Recurso de Alzada, interpuesto contra denegación de solicitud de jubilación parcial, sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 14 de noviembre de 2011.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, conviene recordar, con cita de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 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 , 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998 , que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la *depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia* , de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia o auto apelado, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia o auto a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia o auto apelados al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

c) El recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del Juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, debe respetarse en la alzada, con la única excepción de que la conclusión probatoria de que se trate carezca de apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien de que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiéndose por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada, sin esfuerzo.

SEGUNDO.- En el presente supuesto, la cuestión objeto de debate viene determinada por la pretensión de la recurrente, funcionaria de la Administración General del **Ayuntamiento** de Barcelona, de que se reconociera su derecho a ser declarada en jubilación parcial, con condena al **Ayuntamiento** para realizar los actos necesarios para ello, con las consecuencias administrativas y económicas que sean procedentes.

Llegados a este punto, y como antes se ha expuesto en el Fundamento Jurídica Primero, letra b), con referencia a no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, debe hacerse constar que la misión de esta Sala no es la de llevar a cabo un segundo juicio sobre la cuestión objeto de debate, sino la de examinar y analizar la valoración que el Juez "a quo" ha llevado a cabo sobre la actividad probatoria practicada, y si la conclusión a la que ha llegado se halla o no ajustada a Derecho y a la resultancia de dicha prueba, y en tal sentido, y tras el oportuno estudio, se llega a la conclusión de que la Sala, en el caso presente, debe confirmar el criterio que se establece en la sentencia apelada, cuyos argumentos se asumen en la presente al ser ajustadas a Derecho, y así, y analizando los motivos de impugnación empleados por la Administración apelante, vemos que no son de estimar, pues el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), regulado por la ley 7/2007, de 12 de Abril, es lo suficientemente claro en su art. 14, letra n), en relación con el 67.1.d), 2.4. y Disposición final Cuarta en su integridad, como para que no pueda existir duda alguna sobre su vigencia sin necesidad de un ulterior desarrollo reglamentario, dado que los derechos que, al respecto de la cuestión litigiosa planteada, contiene la citada normativa son de plena vigencia por sí, y ningún reglamento podría ir contra ella ni establecer una regulación diferente, en virtud del principio de jerarquía normativa, sino solamente desarrollar los preceptos de la misma, preceptos que son de plena vigencia desde la entrada en vigor del EBEP, que no contiene tampoco ninguna norma de remisión reglamentaria en este aspecto.

La normativa antes expuesta no deja duda alguna cuando reconoce el derecho a la jubilación parcial de los **funcionarios** siempre que reúnan los requisitos y condiciones establecidos por el Régimen de la Seguridad Social que les sea aplicable, y que en el caso presente, al no hallarse encuadrada la recurrente en el ámbito

de las Clases Pasivas del Estado, es el Régimen General, por lo que en virtud de este régimen le resulta de aplicación el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social, sin que por contra, le sea de aplicar la limitación que hace el R.D. 1131/02, de 31 de Octubre con referencia a los trabajadores por cuenta ajena, dado que ello supondría privar a los **funcionarios** afectados de un derecho que les concede una ley, lo que no es factible por vía de R. Decreto, ni tampoco puede verse ese derecho, como antes se dice, vinculado en su eficacia y vigor a la posterior elaboración de una norma reglamentaria que ni es exigida o establecida por la ley, ni podría ir contra la misma o señalar una diferente regulación, ni mucho menos privar o anular ese derecho. En su virtud, no es de tener en cuenta el informe del INSS obrante al folio 17 del E.A., siendo, por ello, procedente, la estimación del petitum de la demanda, como verifica la sentencia apelada.

No puede suponer obstáculo para ello la interpretación del art. 3.1, del Código Civil que menciona y alega la Administración pues dicho precepto sienta como criterio el sentido propio de las palabras -muy claro en este caso- en relación al contexto, también muy claro, antecedentes legislativos -ya existentes en otros campos, pero que, al tratarse de un derecho social, no se aprecia inconveniente legal para su aplicación a la recurrente- y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, que tampoco ofrecen duda alguna en este caso sobre su carácter social, por lo que hay que llegar a la conclusión de que el EBEP, o bien no debió establecer ese Derecho a la jubilación parcial- si se entendía referido en exclusiva a la relación laboral- o bien lo establecía, con todas sus consecuencias, que es lo que ha hecho y con la claridad suficiente para no precisar ineludiblemente de desarrollo reglamentario, que como ha quedado dicho, tampoco establece obligatoriamente, por lo que, no apreciándose tampoco la concurrencia de circunstancias excepcionales que lo impidan y que deberían ser establecidas por ley, no se aprecia obstáculo legal a la pretensión de la actora.

No suponen tampoco obstáculo las dificultades que expone la Administración apelante sobre las percepciones dinerarias por pensión y cobro simultáneo por un trabajo en el sector público, pues ello supondría el pretender dejar sin efecto el derecho legalmente establecido, por ese motivo, y, por ende, y con carácter obvio, ni la pensión ni el trabajo iban a ser satisfechos en toda su integridad, sino con las disminuciones correspondientes y sin rebasar límites legales en su conjunto. En lo relativo a la sustitución del **funcionario**, y si no existe un contrato de relevo, no existe en principio inconveniente alguno en que la Administración, en virtud de su potestad de autoorganización- que no se ve menoscabada en modo alguno- pueda adoptar las medidas necesarias para solucionarlo, como evidentemente debería hacer igualmente en los supuestos de publicarse un reglamento de desarrollo del EBEP en este sentido, o de no publicarse dicho reglamento pero siguiendo vigente tal derecho a la jubilación parcial.

Por todo lo expuesto, y asumiendo, como ha quedado dicho, los argumentos de la sentencia apelada, será de confirmar la misma, con la consecuente desestimación del recurso de apelación contra ella interpuesto.

TERCERO.- Que en materia de costas procesales de esta alzada, será procedente su imposición a la parte Administración apelante, a tenor del art. 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimada totalmente la apelación interpuesta y no ser de apreciar circunstancia alguna que justifique la no imposición., *si bien este Tribunal*, y habida cuenta de la índole de la cuestión planteada, entiende procedente señalar un máximo total de **3.000 Euros**.

Visto lo expuesto y preceptos citados de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el **Ayuntamiento** de Barcelona, contra la sentencia de fecha 10-XII-09, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona, en los autos de recurso de tal clase de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todas sus partes, por ser ajustada a Derecho, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, hasta un máximo total de 3.000 Euros.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 12 de diciembre de 2.011, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.