

Dictamen Núm. 220/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria celebrada el día 30 de diciembre de 2024, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de junio de 2024 -registrada de entrada el día 20 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los perjuicios económicos que atribuye a la incompleta ejecución de una sentencia en materia de ingreso en la función pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 27 de septiembre de 2022, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que atribuye a la falta de ejecución en sus propios términos de una sentencia en materia de ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

Relata que en su día impugnó el acto que puso fin al procedimiento selectivo para ingreso en los cuerpos docentes convocado por Resolución de 13 de marzo de 2008 y que el día 2 de febrero de 2016 el Tribunal Supremo dictó Sentencia en cuyo fallo se declaró lo siguiente: “en el caso de que su puntuación final iguale o supere a la de quien obtuvo la última plaza (...), le reconocemos el derecho a realizar las prácticas y, de ser calificada en ellas como apta, a ser nombrada funcionaria con todos los efectos correspondientes desde que se produjeron para los demás nombrados en ese proceso selectivo”.

Según refiere, “en ejecución de lo resuelto (...) la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias dictó Resolución de 21 de julio de 2016 (...), por la cual acuerda nombrar funcionaria en prácticas a la hoy reclamante” y, superado el periodo de prácticas, “fue declarada ‘apta’ para el ingreso en los cuerpos docentes”.

Manifiesta que la Administración no ejecutó la Sentencia “por completo” pues no le reconoció “los efectos económicos de su nombramiento ‘desde que se produjeron para los demás nombrados’”. Entiende que “entre tales efectos se encuentra (...) el resarcimiento de aquellas percepciones dejadas de percibir (más los correspondientes intereses) lo cual incluye, a efectos meramente ejemplificativos (...): Incentivo económico vinculado a la evaluación docente (conocido como ‘carrera profesional’)./ Diferencia entre los haberes percibidos durante el periodo al que se retrotraen los efectos de la Sentencia, por el desempeño de sus funciones como funcionaria interina, y los que le habrían correspondido durante ese mismo periodo como funcionaria de carrera. En particular, los correspondientes al curso 2010-2011 en que estuvo como interina a media jornada./ Cotizaciones dejadas de ingresar en MUFACE”.

Significa que “así se hizo constar a esa Administración, mediante sendos escritos de fechas 18 de julio de 2017 (presentado el 20) y 12 de julio de 2018 (presentado el 13), (sin que esa Consejería les diera respuesta)” y que “ante la inacción de la Administración, la hoy reclamante acudió a la vía jurisdiccional (...) ante la Sala de lo Contencioso Administrativo” del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “interesando por vía de ejecución de

Sentencia la íntegra satisfacción del derecho que le fue reconocido por el Tribunal Supremo". Continúa narrando que "mientras se tramitaba el procedimiento judicial, esa Consejería (...) dictó Resolución de 7 de junio de 2021 (...) por la que se aprueba la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en el proceso de solicitud de adhesión al Segundo Plan de Evaluación de la Función Docente, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de abril de 2021, correspondiente al curso 2020-2021, en la cual se acuerda excluir a la hoy reclamante del tramo B de dicho plan, por considerar que 'no cumple el requisito de cinco años de permanencia en el Plan'. Según señala, solicitó la ampliación del recurso contencioso en tramitación a dicha resolución, aunque "finalmente la Sala dicta Auto (...) notificado (...) el día 29 de septiembre de 2021, por el cual se acuerda desestimar la solicitud de ejecución forzosa, por considerar que debe ventilarse en otros procedimientos. Por cuyo motivo, dentro del plazo legal, es por lo que ahora se presenta esta solicitud de responsabilidad patrimonial".

Precisa, a efectos del cálculo de la indemnización, que "durante el periodo al que se han de retrotraer los efectos de la Sentencia del Tribunal Supremo, la dicente estuvo prestando servicios a la Administración del Principado de Asturias en concepto de funcionaria interina, como profesora de Enseñanza Secundaria, a jornada completa salvo el curso 2010-2011 en que estuvo a media jornada (...). Teniendo en cuenta que (...) el importe efectivamente percibido fue solo el 55,60 % del que correspondería a la jornada completa, es objeto de reclamación el 44,40 % no percibido, que (...) en los cálculos se eleva a la suma (...) de 11.331,36 €", más "intereses legales", y "las correspondientes cotizaciones a MUFACE que no fueron ingresadas en su día por esa Consejería, correspondientes a dicho periodo". Solicita asimismo "el importe del complemento derivado de la adhesión al Plan de Evaluación de la Función Docente" pues, según señala, "desde la nómina del pasado mes de mayo ha comenzado a cobrar el tramo A (...) cuando debería estar cobrando ya el tramo B (...) que no alcanzará hasta haber cumplido cinco años del tramo A,

tiempo durante el cual se le privará irremediabilmente de percibir” una diferencia retributiva por dicho complemento que cuantifica en 37.722,44 €.

Pide, en suma, una indemnización de cuarenta y nueve mil cincuenta y tres euros con ochenta céntimos (49.053,80 €) que “deberá incrementarse con los intereses devengados hasta su completo pago, más las cotizaciones no ingresadas correspondientes al periodo en que la dicente estuvo a media jornada”.

Propone que se una al expediente, a modo de prueba, la siguiente documentación: a) Detalle de las percepciones que le han sido satisfechas desde el 20-8-2008 a la actualidad. b) Informe detallado de las percepciones satisfechas, durante el mismo periodo, a los funcionarios de carrera nombrados en el mismo procedimiento selectivo. c) Copia de las evaluaciones docentes de la interesada. d) Lista de vacantes ofrecidas a los profesores interinos de Educación Secundaria, especialidad Matemáticas, en primera y sucesivas convocatorias, para el curso académico 2010-2011. e) Certificación sobre los siguientes extremos: “si se ha impuesto a (la interesada) alguna sanción disciplinaria (...). Cuántos profesores de Educación Secundaria acogidos al plan de evaluación no cobran el incentivo vinculado a la evaluación docente (...). En relación con los demás aprobados en el proceso selectivo de 2008, especialidad Matemáticas, cuántos de ellos cobran el incentivo vinculado de la evaluación docente, desde cuándo y en qué cantidades./ Informe si los aspirantes aprobados en el proceso selectivo de 2008 correspondientes a la especialidad de Matemáticas (y en particular, aquéllos a quienes (la interesada) igualó o superó en puntuación) obtuvieron o no destino definitivo en el primer concurso de traslados en el que tomaron parte”.

Adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 2 de febrero de 2016. b) Escrito fechado el 18 de julio de 2017 y presentado en fecha que no consta por resultar ilegible el sello de registro, por el que la interesada reclama el “incentivo económico vinculado a la evaluación docente”, la “diferencia de haberes (...) correspondientes al curso 2010-2011 en que

estuvo como interina a media jornada” y las “cotizaciones dejadas de ingresar en MUFACE”, y pide que se tenga “por interrumpida la prescripción de su derecho a reclamar”. c) Escrito presentado por la interesada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 13 de julio de 2018 en el que reitera la solicitud de reconocimiento de efectos económicos formulada en el anterior de 18 de julio de 2017. d) Resolución de 18 de agosto de 2021, de la Consejería de Educación, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición formulado por la interesada frente a la Resolución por la que se la excluye del proceso de solicitud de adhesión al Segundo Plan de evaluación docente. e) Auto del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, por la que se desestima la solicitud de ejecución forzosa de la sentencia del Tribunal Supremo.

2. Mediante Resolución de 9 de noviembre de 2022, la Consejera de Educación nombra instructora del procedimiento.

3. Con fecha 28 de noviembre de 2022 la Instructora del procedimiento comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, así como su nombramiento y la posibilidad de promover su recusación, y le indica el plazo máximo para notificar la resolución y los efectos de la falta de resolución expresa.

4. Se incorpora al expediente, a continuación, el informe suscrito el 31 de octubre de 2023 por una funcionaria de la Dirección General de Personal Docente en el que, tras asumir que la solicitud de responsabilidad patrimonial ha sido formulada en plazo, pues “la interesada presentó la reclamación (...) el 27 de septiembre de 2022 contra el auto de 29 de septiembre de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia”, razona en cuanto al “fondo del asunto” que “la Resolución de la Directora del Instituto Asturiano de Administración Pública ‘Adolfo Posada’, de 7 de enero de 2009, desestimando el recurso de (la interesada) no se adopta de forma arbitraria

sino dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, de conformidad con los fundamentos jurídicos allí aludidos”, por lo que entiende que debe desestimarse la reclamación.

5. Mediante oficio de 12 de febrero de 2024 la Instructora del procedimiento comunica a la interesada la admisión a trámite de la prueba consistente “en incorporar copia de las evaluaciones docentes”. Asimismo, en relación “con las percepciones satisfechas, se considera adecuado solicitar al Servicio de Gestión Económica de Personal de la Dirección General de Empleo Público informe sobre la diferencia de retribuciones entre lo percibido a jornada parcial en el curso 2010-2011 y lo que en su caso hubiese percibido a jornada completa”, si bien respecto del “resto de las pruebas propuestas” se acuerda su denegación “por resultar innecesarias para la decisión del procedimiento” al no guardar “relación íntima con la pretensión formulada”.

6. Previa solicitud formulada por la Instructora del procedimiento, con fecha 15 de febrero de 2024 la Jefa del Servicio de Plantillas, Costes de Personal y Relaciones Laborales informa que la interesada “resultó adherida al Primer Plan de Evaluación de la Función Docente, en el curso 2016-2017”, y fue “evaluada de forma positiva durante los cursos 2016-2017; 2017-2018; 2018-2019 y 2019-2020”. Más adelante se adhirió “al Tramo A del Segundo Plan de Evaluación de la Función Docente, en el curso 2020-2021” y fue “evaluada de forma positiva en el Tramo A en el curso 2020-2021”; luego solicitó “progresión al tramo B del Segundo Plan de Evaluación de la Función Docente correspondiente al curso 2021-2022” y resultó “evaluada de forma positiva en el Tramo B durante los cursos 2021-2022 y 2022-2023”.

7. En respuesta a la petición de la instructora, el día 14 de febrero de 2024 una funcionaria adscrita a la Dirección General de Empleo Público libra un informe en el que señala que a la interesada “se le hubiera abonado durante el curso 2010-2011 (del 12 de septiembre de 2010 al 11 de septiembre de 2011) en

concepto de diferencias entre su jornada al 55,5556 % y una teórica jornada al 100 % la cantidad de 14.351,73 euros”.

8. Se incorpora al expediente, a continuación, la Resolución de 18 de agosto de 2021, de la Consejería de Educación, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la interesada frente a la Resolución de 7 de junio de 2021 por la que se aprueba la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en el proceso de solicitud de adhesión al Segundo Plan de evaluación docente, y una copia del nombramiento de la interesada como funcionaria interina, a tiempo parcial, correspondiente al curso 2010-2011.

9. Mediante oficio de 26 de marzo de 2024, la Instructora del procedimiento comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

10. Según consta en la diligencia correspondiente, el día 10 de abril comparece en las dependencias administrativas una persona que ostenta la representación de la interesada y recibe copia de algunos de los documentos obrantes en el expediente.

11. Con fecha 18 de abril de 2023, la reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que la denegación de algunas de las pruebas propuestas “está insuficientemente motivada, toda vez que se limita a una fórmula estereotipada y genérica”. Manifiesta, por otra parte, no compartir el criterio expresado en el informe de la Dirección General de Personal Docente, de 31 de octubre de 2023, conforme al cual la decisión de la Administración al resolver el proceso selectivo se adopta “dentro de los márgenes de lo razonable”, pues la cuestión “está resuelta por Sentencia firme, con efectos de cosa juzgada, que condena a esa Administración (...) y debe ser cumplida por ella”. Asimismo, a la vista de la prueba practicada y los informes

emitidos, dice ratificarse en su pretensión indemnizatoria, y aduce que “sería difícilmente comprensible que por parte de esa Consejería se cuestionase como ‘hecho hipotético’ el desempeño positivo de la docente durante los cursos en que no se le permitió adherirse al Plan ni por tanto ser evaluada”, pues “los años 2008 a 2016 no estuve adherida al Plan porque no pude, y ello no por mi culpa o negligencia, sino por la de la Administración a la que me dirijo (...) que indebidamente se negó a concederme la plaza de funcionaria de carrera en su debido momento”. Finalmente precisa, sobre el monto indemnizatorio, que “en la inicial solicitud se reclamaba una indemnización pecuniaria por importe de 49.053,80 €, que es el resultado de sumar dos conceptos: la indemnización por la diferencia entre lo percibido por media jornada y lo que se debió percibir por jornada completa en el curso 2010-2011, y la indemnización por no permitirse acceder a su debido tiempo al Plan de Evaluación de la Función Docente en sus respectivos tramos. Ahora bien (...), la prueba practicada ha demostrado que la cantidad reclamada por el primero de ambos conceptos estaba mal calculada. Por ello la cantidad que debe reconocerse a la docente en concepto de indemnización ha de ser la de cincuenta y dos mil setenta y cuatro euros con diecisiete céntimos (52.074,17 €), resultado de sumar los 14.351,73 euros que arroja la prueba practicada respecto del primero de los conceptos reclamados, y los 37.722,44 euros en que evaluamos el segundo (...). Todo ello incrementado con los intereses que correspondan conforme a la ley, además de que por esa Administración se ingresen las diferencias de cotización correspondientes al curso 2010-2011 en que se desempeñó una plaza a media jornada en lugar de la plaza en propiedad a jornada completa”.

12. Con fecha 23 de mayo de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en la que señala, respecto de la pretensión relativa a que se le abonen las diferencias retributivas correspondientes al desempeño de un puesto en régimen de jornada parcial durante el curso 2010-2011, que “la normativa vigente en ese momento para la provisión de puestos en régimen de interinidad (...) contemplaba que no podrían ser objeto de adjudicación forzosa,

entre otros, los puestos a media jornada. Por lo tanto, el puesto a media jornada desempeñado en ese curso escolar fue solicitado de manera voluntaria por la recurrente, lo que implicaría una situación aceptada (por) ella”. Por otra parte señala, a propósito del plazo de prescripción, que “debe ser desde el momento del conocimiento del efecto lesivo, cuando deba computarse el plazo de un año (...). En este caso, la Orden por la que se la nombra funcionaria de carrera es de 4 de diciembre de 2017 (BOE 22 de diciembre de 2017), debiendo ser este el momento en que empieza a computarse el plazo para reclamar la indemnización (...) no siendo hasta el 21 de junio de 2019 cuando se solicita la ejecución de la sentencia y hasta el 29 de septiembre de 2022 cuando se plantea la reclamación de responsabilidad patrimonial./ Se entiende por tanto debe desestimarse la reclamación solicitada en este aspecto, al encontrarse por un lado prescrita, y siendo además que la concreta plaza a tiempo parcial en la que ha estado nombrada en el curso 2020-2021 ha sido elegida por la interesada”.

En cuanto a la pretensión de indemnización por las cantidades derivadas de su tardía incorporación a los Planes de Evaluación de la Función Docente, estima que “la percepción de los incentivos económicos vinculados a la evaluación docente está asociada además de a la adhesión voluntaria y el cumplimiento de los requisitos previstos, a la obtención de una evaluación positiva en cada curso. Por ello, estaríamos (...) ante un planteamiento hipotético de la situación por la que hubiera optado la interesada (por ejemplo, adherirse o no en el momento en que se aprobó el primer plan, u optar por hacerlo *a posteriori*; o que hubiera obtenido evaluación negativa)”. Asimismo entiende que puesto que “conforme al informe que consta en la prueba practicada, (la interesada) resulta adherida al primer plan de evaluación desde el curso 2016-2017, al Tramo A del segundo plan (...) y al tramo B del citado segundo plan en el curso 2021-2022, con las consecuencias de toda índole que supone (...), decaen las pretensiones formuladas en la reclamación de responsabilidad patrimonial, donde se calcula su indemnización hasta el año 2027, obviando la efectiva incorporación ya producida”.

Se ratifica en su consideración de que algunas de las pruebas propuestas son innecesarias para la decisión del procedimiento y, tras citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2009, en la que se alude a la doctrina de ausencia de antijuridicidad del daño cuando “la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada”, concluye que procede desestimar la reclamación presentada.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de junio de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Educación, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada 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 como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo” y que “En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

En el caso ahora examinado, se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que la interesada atribuye a la falta de ejecución en sus términos de una Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 2 de febrero de 2016 por la que se le reconoce el derecho “a ser nombrada funcionaria con todos los efectos correspondientes desde que se produjeron para los demás nombrados en ese proceso selectivo”. El referido fallo sujeta el derecho que reconoce a una doble condición (que la puntuación final que alcance la interesada “iguale o supere a la de quien obtuvo la última plaza” y que resulte calificada como “apta” en la fase de prácticas), y el posterior Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias recaído en ejecución de sentencia (notificado el 29 de septiembre de 2021) deja de manifiesto que lo que aquí se reclama no es consecuencia directa o necesaria de aquel fallo, por lo que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción no puede remontarse a la fecha de notificación de la sentencia.

Respecto al resarcimiento por verse constreñida al desempeño a media jornada en el curso 2010-2011, ha de repararse en que la Orden de nombramiento como funcionaria, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*

(BOE) el día 22 de diciembre de 2017, fija como fecha de efectos el “1 de septiembre de 2009”, con lo que ejecuta lo ordenado en la Sentencia del Tribunal Supremo una vez que la interesada supera las prácticas, y asume aparentemente todas las consecuencias económicas ya determinables a la fecha. En este contexto, el rechazo al resarcimiento del perjuicio sólo queda de manifiesto cuando la Administración se desentiende -tiempo después, y sin dictar resolución expresa- de la específica petición de la afectada. En este escenario, no puede obviarse que, antes de que hubiera transcurrido un año desde la publicación de su nombramiento como funcionaria de carrera en el BOE, la interesada formuló dos solicitudes dirigidas al reconocimiento de las diferencias retributivas que ahora se reclaman, las cuales fueron tácitamente rechazadas. Frente a la negativa presunta, pudo la interesada reaccionar “en cualquier momento” en vía de reposición (artículo 124 de la LPAC) o judicial (Sentencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 52/2014, de 10 de abril -ECLI:ES:TC:2014:52-). En este caso, la perjudicada entendió que el cauce adecuado era el del incidente de ejecución de sentencia, que resultó finalmente inidóneo por exceder el objeto procesal de su estricto ámbito, con lo que se dejó incólume aquel derecho a recurrir “en cualquier momento” -autónomamente- la desestimación presunta. El Auto que resuelve el incidente de ejecución fue notificado a las partes en fecha 29 de septiembre de 2021, según señala la interesada en afirmación que no ha resultado controvertida, decidiendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias “desestimar la ejecución en cuanto se refiere a efectos hipotéticos y efectos que deben resolverse eventualmente en un recurso administrativo o incluso contencioso-administrativo que tiene autonomía propia y para lo cual otros serán los órganos jurisdiccionales competentes, a saber, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo”. En definitiva, lo que el Auto señala es la necesidad de tramitar una acción autónoma para los resarcimientos perseguidos, y la entablada el día 29 de septiembre de 2022 se formula en el plazo de un año desde la notificación de ese Auto, en aplicación de la regla *dies a quo non computatur in termino*, sin que la interposición del incidente de

ejecución pueda reputarse desviado o manifiestamente improcedente a los efectos de privarle de eficacia interruptiva. Pero más allá, la subsistencia de la posibilidad de impugnación de la negativa presunta recaída en 2017 determina la temporaneidad de esta pretensión resarcitoria, puesto que la respuesta a esa impugnación sería precisamente la estimación o desestimación expresa -en vía administrativa o judicial- de una responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, concurre aquí otro concepto resarcitorio, que es el derivado de la postergación del acceso a un determinado grado de carrera. En este caso, se hace constar que mientras se sustanciaba el incidente de ejecución la Consejería “dictó Resolución de 7 de junio de 2021 (...) por la que se aprueba la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en el proceso de solicitud de adhesión al Segundo Plan de Evaluación de la Función Docente, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de abril de 2021”. Se trata, por tanto, de un perjuicio que no alcanza a concretarse hasta la resolución de exclusión, frente a la que la reclamante interpone recurso de reposición, que es desestimado por Resolución de 18 de agosto de 2021. Al mismo tiempo, interesa la ampliación del incidente de ejecución a esa negativa, resolviéndose en el Auto notificado el 29 de septiembre de 2021 “desestimar la ejecución en cuanto se refiere a efectos hipotéticos (...)”. Advertido que su sustanciación en dicho incidente no era adecuada pero no puede tampoco tildarse de extravagante o desviada, debe considerarse a efectos de prescripción la fecha de notificación del auto judicial, por lo que se estima que se acciona en plazo.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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.

Por otra parte, apreciamos que si bien se han rechazado por la Instructora del procedimiento de forma sucintamente motivada algunas de las pruebas propuestas por la interesada que resultan verdaderamente innecesarias para acreditar los hechos relevantes para la decisión teniendo en cuenta el objeto de su pretensión y, en particular, los daños cuyo resarcimiento se persigue, de conformidad con lo señalado en el artículo 77.3 de la LPAC, el rechazo a practicar la prueba referente a la “lista de vacantes ofrecidas a los profesores interinos de Educación Secundaria, especialidad Matemáticas, en primera y sucesivas convocatorias, para el curso académico 2010-2011”, ha sido desacertado, pues la incorporación al expediente de dichos listados habría permitido analizar si el desempeño de un puesto a media jornada puede atribuirse únicamente a la libre determinación de la interesada, según sostiene la Administración, o si, por el contrario, el desempeño a tiempo parcial se debió a la naturaleza (a tiempo parcial) de las ofertas formuladas como parece sugerir la propia proposición de prueba. En cualquier caso, siguiendo nuestra doctrina reiterada en ocasiones precedentes (por todos, Dictámenes Núm. 273/2013 y 186/2019) hemos de concluir que, al haber renunciado la instrucción a esclarecer tal cuestión mediante la práctica de la prueba propuesta, no procede interpretar el extremo no aclarado de modo desfavorable a quien es ajeno a la citada omisión.

Finalmente, observamos 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios económicos derivados para la interesada de la negativa de la Administración (tácita aunque acreditada) al efectivo reconocimiento de algunas de las consecuencias derivadas de la retroacción de los efectos de su nombramiento al día 1 de septiembre de 2009 que atribuye a la incompleta ejecución de una sentencia en materia de función pública.

Los daños reclamados son los equivalentes económicos de ciertas percepciones “dejadas de percibir”, más concretamente “el incentivo económico vinculado a la evaluación docente”, también conocido como “carrera profesional”, que le fue tardíamente reconocido, y la diferencia de haberes por el desempeño de un puesto a media jornada durante el curso 2010-2011 más las “cotizaciones dejadas de ingresar en MUFACE” durante el mismo periodo lectivo. La efectiva realidad de tales daños queda fuera de toda duda al haber asumido la Administración reclamada que no se abonaron de inicio ni el complemento de carrera ni las diferencias retributivas y de cotización reclamadas. Por tanto, hemos de considerar acreditados los daños cuyo resarcimiento se solicita sin perjuicio de cuál deba ser su exacta cuantificación económica, cuestión esta que solo abordaremos de concurrir el resto de requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial demandada.

Ahora bien, la existencia de daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a la interesada el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos.

En el caso de que se trata no existe duda de que los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento anormal del servicio

público educativo que, pese a declarar el ingreso de la interesada como funcionaria de carrera del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria con efectos de 1 de septiembre de 2009, no retrotrajo a aquella fecha todos los efectos del nombramiento acordado, en ejecución la Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 2 de febrero de 2016 por la que se le reconoció el derecho “a ser nombrada funcionaria con todos los efectos correspondientes desde que se produjeron para los demás nombrados en ese proceso selectivo”. En particular, respecto del primero de los daños reclamados (retribuciones vinculadas a la carrera profesional) entendemos que su vinculación con el funcionamiento del servicio público no puede tenerse por hipotética, como sostiene la Administración, pues la falta de adhesión de la interesada al Plan de Evaluación Docente al mismo tiempo que sus compañeros de promoción o la ausencia de las preceptivas evaluaciones positivas a efectos de su progresión en el sistema desde aquella fecha, no dimanaban ni de la voluntad personal de la perjudicada ni de su desempeño profesional sino, en primer lugar, de la errada y a la postre anulada decisión administrativa que la excluyó del reparto de plazas en el proceso selectivo convocado en 2008 y, en segundo término, del rechazo tácito y reiterado a reconocerle tal derecho una vez nombrada, generando a la interesada una merma económica cuya restitución se persigue en el procedimiento que analizamos.

En cuanto a la antijuridicidad del daño, la Administración la niega por considerar que puede aplicarse a la decisión administrativa que resultaría anulada en parte por la Sentencia firme del Tribunal Supremo la doctrina del margen de apreciación o tolerancia. Sin embargo, teniendo en cuenta las notas que la jurisprudencia ha ido perfilando como características de esta institución y a la vista de las circunstancias del caso concreto que se explicitan en la sentencia anulatoria de la decisión administrativa que excluyó a la interesada en 2008 del reparto de plazas, no podemos compartir tal parecer.

Comenzando por las circunstancias concurrentes en el caso, ha de tenerse presente que la Sentencia del Tribunal Supremo atinente al caso cuestiona la legalidad de la decisión de no puntuar dos actividades formativas

realizadas por la interesada en la fase de concurso cuando sí se habían valorado cursos similares a otros participantes en el mismo proceso selectivo y estima el recurso al “tener por injustificado el diferente trato dispensado a la recurrente, ya sea desde el punto de vista de la relación de las materias transversales de sus actividades formativas con la especialidad, ya sea desde el punto de vista de su conexión con la organización escolar y la didáctica” (Fundamento Jurídico Noveno *in fine*).

En ese contexto, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación -que este Consejo ha considerado en diversas ocasiones (por todas, Dictámenes Núm. 74/2023 y 225/2023)- implica que para que la Administración deba hacer frente a los daños causados por un acto contrario a derecho no basta cualquier ilegalidad, sino que la misma ha de ser cualificada, de tal forma que la responsabilidad patrimonial quedará excluida cuando el acto administrativo ilícito sea el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico. Según ha declarado el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 21 de diciembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4672-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar

graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.

En el caso que analizamos, y a la vista del contenido de la sentencia a la que antes hemos aludido, no se estima que concurran los presupuestos que habilitan la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia. Aun cuando la postura de la Administración, al no valorar en la fase de concurso dos de las actividades formativas aportadas por la interesada haya podido resultar razonada, esto es, motivada, no puede admitirse que sea razonable pues dispensó a la interesada un trato diferente al de otros participantes en el proceso selectivo que se encontraban en situación análoga, como así se destaca en la sentencia.

Por otro lado, en relación con el resarcimiento que se anuda a la postergación en la carrera profesional, el daño ocasionado es consecuencia de una actuación administrativa posterior, ya a la vista de la sentencia que reconocía el derecho de la afectada a ser nombrada funcionaria “con todos los efectos correspondientes desde que se produjeron para los demás nombrados en ese proceso selectivo”, por lo que el perjuicio es manifiestamente antijurídico.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, así como su antijuridicidad, procede valorar ahora la cuantía reclamada.

La interesada solicita ser compensada mediante el abono tanto del incentivo económico vinculado a la evaluación docente, a la que no se le permitió incorporarse al mismo tiempo que sus compañeros de promoción, como de las diferencias retributivas y de cotización correspondientes al efectivo desempeño de un puesto a media jornada como funcionaria interina durante el curso 2010-2011 cuando, de haber sido nombrada funcionaria de carrera en el momento oportuno, le habrían correspondido las propias del desempeño a jornada completa.

En cuanto al primero de los conceptos reclamados, ha sido cuantificado por la interesada en 37.722,44 euros. No consta al respecto valoración contradictoria de la instrucción, si bien en la propuesta de resolución se advierte que en la reclamación de responsabilidad patrimonial “se calcula su indemnización hasta el año 2027, obviando la efectiva incorporación ya producida”. Teniendo en cuenta que el resarcimiento ha de lograr la plena indemnidad, deben abonarse a la interesada, en primer lugar, las cantidades correspondientes a la progresión que habría ido alcanzando en la carrera profesional si se le hubiera permitido participar en el proceso en igualdad de condiciones a la de sus compañeros de promoción. Tal partida debe comprender las cantidades pendientes de abono desde el momento en que debió haberse incorporado al sistema y hasta la fecha en que se produjo su incorporación, comprendiendo toda la merma retributiva, para cuya exacta cuantificación habrá de practicar la Administración una comprobación contradictoria. En lo sucesivo, la Administración deberá proceder a la reparación *in natura* del perjuicio sufrido mediante el reconocimiento de la progresión alcanzada en la carrera profesional en situación homologable a la de los compañeros de promoción de la perjudicada y el abono del complemento de carrera correspondiente.

En cuanto a la segunda de las partidas reclamadas, teniendo en cuenta lo adelantado en la anterior consideración cuarta a propósito del rechazo a incorporar al procedimiento los listados de vacantes ofrecidas a los profesores interinos de Educación Secundaria, especialidad Matemáticas, en primera y sucesivas convocatorias, para el curso académico 2010-2011, concluimos que deben abonarse las cuantías establecidas en el informe del Servicio de Gestión Económica de Personal con el que la interesada se muestra de acuerdo. A mayor abundamiento, cabe destacar que la reparación plena del perjuicio no sólo debe implicar la liquidación de los haberes perdidos, sino que ha de comprender también, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 153/2014, 129/2017, 279/2022), la liquidación e ingreso en

cuenta de las cotizaciones que lleva aparejado el pago de las retribuciones correspondientes, en este caso, a MUFACE y al Régimen de Clases Pasivas.

Sobre el importe bruto de las retribuciones que resulten habrá de hacerse efectiva, tal y como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictámenes Núm. 129/2017 y 12/2024), la retención procedente a efectos de IRPF. En cuanto al régimen tributario de la indemnización resulta pacífico, según vienen asumiendo tanto la Dirección General de Tributos (Consultas Núm. V0739-21 y V1684-23) como las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TSJAND:2018:14280-, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 2020 -ECLI:ES:TSJGAL:2020:6652- y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 11 de septiembre de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:1960-), que este tipo de indemnizaciones está sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en tanto que los perjuicios indemnizados, habida cuenta de la prohibición de analogía establecida en el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, no son de carácter personal sino de tipo material o patrimonial. No opera, por tanto, la exención reconocida en el artículo 7.q) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Como señala la Dirección General de Tributos en las consultas arriba reseñadas, la vinculación de este tipo de indemnizaciones con el trabajo, puesto que vienen a sustituir a unos salarios dejados de percibir, ha de conducir a considerarlos como rendimientos del trabajo en tanto responden a la definición que de los mismos realiza el artículo 17.1 de la Ley del Impuesto y, por tanto, deben imputarse al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor. Tal solución, que consideramos razonable, es por otra parte análoga a la que se ha adoptado en relación con los salarios de tramitación, que están también sujetos a tributación y a retención a cuenta como rendimientos del trabajo, de conformidad con lo señalado en el artículo 74.1 del

Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como reconoce la Dirección General de Tributos en las Consultas V3258-20 y V1258-22.

Finalmente, en cuanto a la actualización de la indemnización conforme a lo señalado en el artículo 34.3 de la LPAC, hemos de significar que dicha actualización ha de aplicarse exclusivamente sobre el importe de la indemnización a percibir finalmente por la interesada, quedando las retenciones y cotizaciones sujetas a su propio régimen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y en consecuencia, debe estimarse la reclamación presentada por #reclamante#, indemnizándola en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.