

Expediente Núm. 58/2010
Dictamen Núm. 53/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
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 17 de febrero 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 26 de enero de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por perjuicios sufridos al impedirsele participar en un concurso de traslados.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de mayo de 2009, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la vulneración de su derecho a participar en un concurso de traslados, reconocido judicialmente.

Relata que “la Sentencia de 19 de diciembre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, posteriormente ratificada en

Sentencia de 25 de abril de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, le reconoce el derecho a la participación en el concurso de traslados entre funcionarios de la escala de médicos del principado de Asturias” (convocado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 13 de marzo de 2006). Razona que “debido a la limitación impuesta inicialmente en la convocatoria del mencionado concurso de traslados, y posteriormente revocada en las sentencias antedichas, no ha podido acogerse al proceso de integración en la condición de personal estatutario del Sespa (...); proceso al que hubiera podido acceder si se hubiera permitido, en tiempo y forma, la participación en el mencionado concurso”.

En cuanto al daño ocasionado, indica que “durante el tiempo transcurrido” entre la Resolución de 11 de septiembre de 2006 por la que se resuelve el concurso de traslados y la Resolución de 1 de diciembre de 2008 por la que se adjudica plaza en ejecución de la sentencia “ha incurrido en una serie de gastos imprescindibles de desplazamiento al puesto de trabajo en vehículo propio” que cuantifica, “con arreglo al coste 0,21 euros por kilómetro reconocido en el BOPA 30-1-2009, en 10.185 euros”. Añade que “desde su reingreso a la situación de servicio activo como personal funcionario el 13-3-2009 ha dejado de percibir el complemento de carrera profesional que venía percibiendo en su situación anterior”, por lo que acumula una “indemnización de 1.030 euros por cada mes transcurrido desde el 13-3-2009 hasta el momento en que se produzca la estatutarización en concepto de haberes dejados de percibir como carrera profesional, debido a la imposibilidad de acogerse en tiempo y forma al proceso de integración en la condición de personal estatutario del Sespa”.

2. Con fecha 18 de junio de 2009, libra informe el Coordinador de Personal Funcionario de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Administración de Personal. En él se detalla que el perjudicado interpuso recurso frente a las bases de la convocatoria, al no permitir “estas, de conformidad con lo dispuesto

por el artículo 11 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, Promoción Profesional y Promoción Interna de los Funcionarios del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 22/1993, de 29 de abril (...), participar en el concurso a los funcionarios en situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, en la que se encontraba el interesado”, reconociendo la sentencia de instancia su derecho a participar en el concurso “en relación con los puestos convocados por (la) resolución impugnada que no hubieren sido adjudicados por resolución firme o que al tiempo de ejecución de sentencia hayan vuelto a quedar vacantes”.

Añade que la citada sentencia fue confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 25 de abril de 2008, habiéndose remitido al interesado, el 12 de septiembre del mismo año, una relación de vacantes; momento en que el facultativo afectado “eligió dos plazas, una de las cuales no figuraba entre las que se le habían ofertado”. Tras requerirle para la identificación de la plaza por la que optaba, lo hizo por la no incluida en la oferta, y “subsidiariamente por una plaza en Gijón”, la cual se le adjudicó por Resolución de 1 de diciembre de 2008, si bien “por necesidades del servicio” se difirió por tres meses el cese en su puesto anterior.

Argumenta que “no existe daño efectivo y real”, por cuanto la reclamación de los gastos por desplazamiento descansa en la mera hipótesis de haber obtenido un puesto en el lugar de residencia (Gijón), cuando en el concurso en el que se frustró su participación sólo se adjudicaron dos puestos en esa área de salud (uno de ellos en un municipio colindante) y, “tal como se acredita en las certificaciones del Registro de Personal que se adjuntan (...), los dos adjudicatarios tienen más antigüedad que el reclamante”, siendo precisamente este “el único criterio de adjudicación de destinos en el concurso” que nos ocupa.

Respecto al perjuicio derivado de la no incorporación al proceso de estatutarización, cuantificado en los complementos de carrera profesional, se concluye que el reclamante “no explica la relación de causalidad”, y si dicho nexo se estableciera “entre la obtención de destino definitivo a través del

concurso como medio para poder formar parte del proceso de estatutarización el daño no podría entenderse efectivo y real, dado que el interesado sólo puede alegar como hipótesis la obtención de un puesto en el correspondiente concurso”.

3. Durante la instrucción, se incorporan al expediente copias de los boletines oficiales en los que se publican la convocatoria del concurso de traslados y su resolución (esta última, fechada el 11 de septiembre de 2006, aparece en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 2 de octubre del mismo año), de los certificados acreditativos de la antigüedad del interesado y de la de los facultativos que concurrieron a las plazas del área sanitaria correspondiente al domicilio de aquél (ambos con varios años más de antigüedad que el reclamante), de los extremos relativos a los procesos judiciales seguidos y de la ejecución de la sentencia.

La decisión judicial de instancia, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, aborda específicamente la pretensión deducida por el reclamante en orden a la retroacción del proceso de concurso, apreciando “la subsistencia de los actos firmes de adjudicación de puestos de trabajo derivados de la convocatoria”, ya que el perjudicado solo impugna esta, y puntualizando, en consecuencia, que el recurrente tiene derecho a participar en el concurso “en relación con los puestos convocados por la resolución impugnada que no hubieren sido adjudicados por resolución firme o que al tiempo de ejecución de sentencia hayan vuelto a quedar vacantes, y sin perjuicio de las acciones resarcitorias”.

4. Remitidas las actuaciones al órgano competente, que constata su recepción el 22 de junio de 2009, la titular de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno dicta Resolución, fechada el 10 de agosto de 2009, por la que se incoa el procedimiento de responsabilidad.

El día 27 de agosto de 2009, el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico y Normativa de la Consejería instructora del procedimiento traslada al interesado,

la resolución de incoación, indicándole la fecha a partir de la cual se tiene por iniciado el procedimiento, que identifica con aquella en la “que se presentó la reclamación”, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

5. A petición del instructor, el Coordinador de Personal Funcionario de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno libra, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Administración de Personal, un nuevo informe, fechado el 21 de agosto de 2009. En él señala que en 2004 el reclamante “fue declarado en situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público como funcionario de carrera (...), Escala de Médicos, precisamente por su incorporación a una plaza de personal estatutario”; motivo por el cual no fue admitido en su momento al concurso de traslados. Expone que “tiene reconocido el tercer grado de la carrera profesional como personal estatutario en virtud de Resolución de 25 de febrero de 2008” y que “se le reconoce el cuarto grado (...) en virtud de Resolución de 7 de octubre de 2008”. Concluye que “el interesado no percibe cantidad a cuenta de la carrera profesional, puesto que de las dos relaciones de servicios que tiene con la Administración ha optado en el momento presente por el servicio activo como funcionario de carrera de la Escala de Médicos, al resultar adjudicatario de una plaza como personal funcionario. Como tal, no la corresponden las retribuciones en concepto de carrera profesional del personal estatutario (...). Si el reclamante quiere percibir las retribuciones que le corresponderían por el reconocimiento del cuarto grado de carrera (...) la vía correcta es que solicite el reingreso al servicio activo como personal estatutario, pero en ningún caso procede la reclamación de responsabilidad patrimonial”.

Se acompaña una copia de las resoluciones por las que se reconoce al reclamante el correspondiente grado de carrera profesional.

6. El día 2 de septiembre de 2009, el interesado presenta un escrito en una oficina de correos al que adjunta las solicitudes de 31 de octubre de 2008 y 16 de marzo de 2009 de “inmediata integración en la condición de personal

estatutario del Sespa”, en los mismos términos y con los mismos derechos reflejados en la convocatoria anulada, “por considerar que es condición para una adecuada ejecución de las sentencias dictadas”. Aporta, asimismo, copia de la resolución de encuadramiento en el cuarto grado de carrera profesional.

7. Con fecha 18 de diciembre de 2009, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. Habiendo interesado este diversa documentación, le fue remitida el 29 de ese mismo mes.

8. El día 23 de diciembre de 2009, el instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por considerar que la reclamación es extemporánea, amén de fundarse en una suposición errónea.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de enero de 2010, registrado de entrada el día 29 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 de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. En el procedimiento que examinamos, la reclamación se presenta con fecha 12 de mayo de 2009, habiéndose dictado el día 25 de abril de 2008 la sentencia firme que reconoce el derecho del recurrente a participar en el concurso de traslados del que fue indebidamente excluido.

La cuestión a resolver ahora es la determinación del *dies a quo*, ya que en función del mismo podremos considerar si la reclamación se ha planteado o no dentro del plazo de un año legalmente establecido. El artículo 142.4 de la LRJPAC hace referencia, exclusivamente, al momento en que se dicta la sentencia definitiva. Al respecto, existe jurisprudencia reiterada (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), que, a su vez, recoge la consideración efectuada en tal sentido por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 –asunto Miragall Escolano y otros) que, en aplicación de la doctrina de la *actio nata* o de nacimiento de la acción, identifica el inicio del cómputo con la fecha en que la notificación tuvo lugar y no con la fecha del

acto mismo, habiendo recogido ya este Consejo dicha interpretación en diversos dictámenes (entre otros, el Dictamen Núm. 234/2006, de 22 de noviembre).

No consta en el expediente remitido la fecha en que se notificó al reclamante la sentencia firme dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el día 25 de abril de 2008, por lo que carecemos de los datos precisos para valorar con rigor el carácter extemporáneo, o no, del escrito inicial presentado el 12 de mayo del año siguiente; no obstante, sí cabe considerar otras circunstancias que permitirían concluir que la reclamación ha sido presentada en plazo.

En este sentido, hemos de observar que la sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias aborda específicamente la pretensión deducida por el reclamante en orden a la retroacción del proceso de concurso, apreciando "la subsistencia de los actos firmes de adjudicación de puestos de trabajo derivados de la convocatoria", ya que el perjudicado solo impugna esta, y puntualizando, en consecuencia, que el recurrente tiene derecho a participar en el concurso "en relación con los puestos convocados por la resolución impugnada que no hubieren sido adjudicados por resolución firme o que al tiempo de ejecución de sentencia hayan vuelto a quedar vacantes, y sin perjuicio de las acciones resarcitorias". En estos abiertos términos, resulta, pues, precisa una ulterior actividad administrativa, en ejecución de sentencia, para que, a la vista de las concretas plazas ahora disponibles y el detrimento que éstas entrañan en relación con aquéllas a las que hubiera podido acceder a través del concurso impugnado, pueda el facultativo fundamentar, en su exacto alcance, la reclamación de responsabilidad patrimonial que el pronunciamiento judicial deja a salvo. Esa necesaria actividad administrativa no se materializa hasta el 12 de septiembre de 2008, momento en el que se comunica al perjudicado una relación de vacantes, por lo que es claro, sin detenernos en otras vicisitudes, que la acción resarcitoria se ejercitó dentro del plazo de un año legalmente establecido.

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, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, se libra un informe sobre el fondo del asunto controvertido con anterioridad a la resolución de incoación del procedimiento. En segundo lugar, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, puesto que, si bien se le notifica la incoación del procedimiento, la comunicación no se ajusta al contenido previsto en el artículo citado, al haberse precisado aquel extremo haciendo una mera referencia a “la fecha en que se presentó la reclamación”. En tercer lugar, la propuesta de resolución se formuló el día 23 de diciembre de 2009 sin haber dejado transcurrir íntegramente el plazo para alegar y presentar documentos, e incluso antes de que el reclamante hubiera recibido -el día 29 de diciembre- la documentación que requirió en el curso del trámite de audiencia, y no consta en el expediente la decisión del interesado de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones. Esta irregularidad compromete un trámite de naturaleza esencial, el de audiencia, y constituye una irregularidad grave. No obstante, este Consejo ha comprobado, mediante una diligencia para mejor proveer, que el reclamante dejó transcurrir el plazo concedido sin formular alegaciones, por lo que no consideramos necesario retrotraer el procedimiento.

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.- Reclama el perjudicado la reparación de los perjuicios que imputa a su indebida exclusión de un concurso de traslados, que concreta en los gastos de transporte por no disfrutar de una plaza en su lugar de residencia y en la pérdida del complemento retributivo correspondiente a su grado de carrera profesional.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, debemos convenir que el sustrato fáctico de la reclamación es pacíficamente admitido y no plantea controversia alguna, incluyendo lo relativo a las plazas proveídas en el proceso selectivo en que el actor fue excluido y los méritos concurrentes en los facultativos que, a resultas de ese concurso, ocuparon las plazas localizadas en el área sanitaria correspondiente al domicilio del perjudicado.

Hemos de reparar, en esencia, en el estado de cosas que se deduce de la convocatoria y adjudicación de plazas y de los certificados acreditativos de la antigüedad del interesado y de los médicos adjudicatarios de aquellas. De las primeras resulta, tal como destaca el órgano preinformante, que la antigüedad era el único criterio de adjudicación de destinos en el concurso que nos ocupa, y los segundos demuestran que los facultativos que finalmente accedieron a las plazas radicadas en el área que hubiera aminorado al perjudicado costes de traslado ostentaban una antigüedad ostensiblemente superior a la de aquel.

En estas circunstancias, la reclamación dirigida al resarcimiento de los gastos de transporte debe rechazarse de plano, no ya por fundarse en una mera hipótesis, sino porque la Administración ha desbaratado, con la documentación aportada al expediente y el expresivo silencio del interesado en el trámite de alegaciones, todo el soporte de la pretensión, incluso a título de simple eventualidad o contingencia.

En cuanto al perjuicio cuyo resarcimiento se impetra, en segundo lugar relativo a la pérdida del complemento de carrera profesional, el reclamante anuda confusamente un cobro ligado a la condición de estatutario con la inadmisión a un concurso en el que, como ha quedado probado, pretendía unas plazas a las que no hubiera podido acceder. Ha de tenerse en cuenta que es precisamente su situación de excedencia voluntaria en la condición de funcionario -ocupaba una plaza de personal estatutario, con la percepción del controvertido complemento- la que conduce a la Administración a excluirle, aunque indebidamente, del concurso de traslados, y que el supuesto hipotético de haber accedido a una plaza de la misma naturaleza no habría dañado alguno ligado al plus retributivo, que seguiría percibiendo, y que efectivamente percibió al mantenerse fuera del concurso, pero que al optar libremente por una plaza de funcionario, como finalmente hizo, perdió. En suma, dejando de lado la compleja cuantificación de una pérdida que habría de compensarse a la vista de los beneficios inherentes a la condición de funcionario y no a la de estatutario, no puede estimarse la existencia de daño alguno derivado de la exclusión anulada judicialmente, por cuanto el facultativo sigue percibiendo el complemento que le corresponde como personal estatutario hasta que libremente opta por una plaza de otra naturaleza.

Por ello, debemos entender que el reclamante no acredita la existencia de un daño efectivo susceptible de ser indemnizado por la vía de la responsabilidad patrimonial.

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 presentada 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.