

Dictamen Núm. 55/2020

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

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de marzo de 2020, por medios telemáticos, con asistencia de las señoras y el señor 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 11 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de su exclusión de las listas de profesorado interino.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 23 de abril de 2019, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad

patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de su exclusión de las listas de la especialidad de Lengua Asturiana del Cuerpo de Maestros.

Explica que, “estando adscrito a las listas de aspirantes a interinidad en Educación Primaria (especialidad 038) y en Lengua Asturiana (especialidad 999) del Cuerpo de Maestros” resultó, mediante “Resolución de 26 de abril de 2018, adjudicatario de una plaza en la especialidad de Lengua Asturiana para su desempeño como funcionario interino en el centro C. P. `.....´, en .....”, puesto en el que iba a tomar posesión el día 27 del mismo mes, si bien ese día fue avisado por el Servicio de Plantillas y Costes de Personal de que la plaza “había sido eliminada de las necesidades de profesorado” (por reincorporación de su titular), por lo que no podía formalizarse la toma de posesión.

Señala que el día 16 de mayo de ese año se le notifica Resolución de la Consejería de Educación y Cultura, dictada el día 9 de ese mes, en virtud de la cual se le excluía de las listas de aspirantes a interinidad con base en “la cláusula 8.1.4 del Acuerdo de 14 de mayo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Personal Docente sobre la mejora de las condiciones de trabajo y el sistema de elaboración, gestión y funcionamiento de las listas de aspirantes a interinidad en la función pública docente”. Presentado recurso potestativo de reposición contra la misma, es estimado por Resolución notificada el día 31 de julio de 2018.

Expone que “durante el periodo de exclusión injustificado de las bolsas y hasta” su “inclusión tras la resolución del recurso se realizaron varias convocatorias por la Consejería de Educación y Cultura (...) de necesidades de profesorado (...) en centros públicos docentes para su cobertura temporal por interinos”, en concreto tres, y que aunque en ninguna de ellas “se le hubiera convocado en virtud de las listas de Educación Primaria, siendo en todos los casos los adjudicatarios de las plazas gente con más puntuación” que él, “distinto es el caso de las listas de Lengua Asturiana, pues dentro del periodo de exclusión hubiera podido ser adjudicatario de una plaza en cualquiera de las

tres convocatorias, habiendo sido las plazas adjudicadas a aspirantes de interinidad con menor puntuación” que la suya “o no habiendo sido adjudicadas a nadie” teniendo él derecho a cubrirlas. Identifica, en particular, tres plazas a jornada parcial ofertadas y cubiertas en estas condiciones.

Solicita una indemnización de doce mil tres euros con doce céntimos (12.003,12 €).

**2.** Mediante escrito de 10 de mayo de 2019, la Instructora del procedimiento comunica al interesado su designación como tal, la fecha de recepción de la reclamación, el plazo máximo para su tramitación y los efectos del silencio administrativo.

**3.** Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, con fecha 26 de junio de 2019 emite informe la Jefa del Servicio de Plantillas y Costes de Personal. En él señala que el interesado ostenta únicamente “una expectativa de derecho, la que rige para el profesorado interino, y sin que pueda conocerse si hubiese optado a alguna de las plazas referidas” -de la especialidad de Lengua Asturiana del Cuerpo de Maestros-. Añade que el Acuerdo de 14 de mayo de 2014, del Consejo de Gobierno, establece que las plazas a media jornada no resultan “susceptibles de adjudicación forzosa”, por lo que no puede determinarse “de manera cierta la opción que en su caso se hubiese realizado por el interesado”.

Por ello, entiende que “debe desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial”.

Adjunta los listados de convocatorias y de adjudicación del personal interino.

**4.** Mediante oficio notificado al interesado el 22 de julio de 2019, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo

de diez días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 5 de agosto de 2019, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en su petición y rechaza la concurrencia de una mera expectativa de derecho en su favor.

**5.** El día 12 de agosto de 2019, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en las consideraciones formuladas por la Jefa del Servicio de Plantillas y Costes de Personal en su informe.

**6.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de octubre de 2019, 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, adjuntando a tal fin copia 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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”. En el asunto que examinamos el *dies a quo* debe situarse en el 31 de julio de 2018, fecha de notificación de la Resolución de 17 de julio de 2018, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se estima el recurso interpuesto por el interesado frente a su exclusión de las listas de aspirantes a interinidad y se reconoce su derecho a figurar en las de “Lengua Asturiana” y de “Educación Primaria”, ambas del Cuerpo de Maestros. Dado que la reclamación se presenta el día 23 de abril de 2019, es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de emisión del presente dictamen se ha 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 derivados de la errónea exclusión del interesado de una relación de aspirantes a interinidad del Cuerpo de Maestros (especialidad de Lengua Asturiana).

La documentación incorporada al expediente permite constatar que el perjudicado fue excluido indebidamente de tres convocatorias para la provisión, con carácter temporal, de plazas del Cuerpo de Maestros efectuadas, respectivamente, por las Resoluciones de 8, 15 y 21 de mayo de 2018, de la entonces Consejería de Educación y Cultura, por la que se publican las necesidades de profesorado existentes en centros públicos docentes y se convoca a las personas a interinidad de los cuerpos docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo.

Resulta igualmente acreditado que, en esas convocatorias, en las que el perjudicado no pudo participar, fueron adjudicadas tres plazas, en los destinos que se indican, a otros tantos aspirantes con menor puntuación que la suya.

En relación con el alcance del daño sufrido, la Jefa del Servicio de Plantillas y Costes de Personal sostiene que en el presente supuesto "nos

movemos en todo caso en una expectativa de derecho, la que rige para el profesorado interino". Sin embargo, hemos tenido ocasión de afirmar en otros supuestos también referidos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la indebida exclusión de aspirantes a plazas docentes para su cobertura temporal (por todos, Dictámenes Núm. 149/2019 y 270/2019) que cabe apreciar "no ya la lesión de una mera expectativa laboral, sino un daño efectivo consistente en la imposibilidad de obtener y desempeñar un puesto de trabajo en alguno de los destinos ofertados a aspirantes que lo ocuparon con una menor puntuación"; consideración plenamente aplicable al asunto que nos ocupa. En efecto, en el supuesto ahora planteado, una vez que las sucesivas Resoluciones del mes de mayo de 2018 adjudican puestos a aspirantes con puntuación inferior que la del reclamante, debemos reiterar, como estimamos entonces, que "ya no estamos ante una mera expectativa no indemnizable, sino ante una alta probabilidad objetiva rayana en la certeza conforme al `curso normal de las cosas´ (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:187-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª), pues a partir de ese momento" queda de manifiesto que el aspirante, confiado de estar incluido en las listas y pendiente precisamente por ello de haber sido llamado, habría accedido a un empleo conforme al curso ordinario de los hechos.

Sentado lo anterior, se advierte que la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento de un servicio público.

La propia Consejería reconoce que un error en la aplicación de las bases del Acuerdo de 14 de mayo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Personal Docente sobre la mejora de las condiciones de trabajo y el sistema de elaboración,



gestión y funcionamiento de las listas de aspirantes a interinidad en la función pública docente (*Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 24 de mayo de 2014), motivó la exclusión del afectado en las mismas. En concreto, dicho Acuerdo establece en su cláusula octava que constituye causa de exclusión definitiva “No tomar posesión dentro del plazo establecido del puesto de trabajo adjudicado”, lo que efectivamente ocurrió en el caso analizado, si bien por causas ajenas al interesado, puesto que, como se explicita en la Resolución de 17 de julio de 2018 que resuelve su recurso de reposición, la plaza había sido eliminada de la oferta por una circunstancia sobrevenida, y es que el mismo día en que debía tener lugar la toma de posesión la Dirección del centro había comunicado “el alta de la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba la funcionaria titular de la plaza y su incorporación a su puesto de trabajo”. La estimación del citado recurso permitió -en julio de 2018- la corrección de la indebida exclusión y su reincorporación a las listas correspondientes.

El interesado alega que ha padecido “un claro perjuicio”, pues se le ha impedido “ser adjudicatario de un puesto de trabajo temporal”. Por su parte, el informe del Servicio responsable (además de rechazar la existencia de un daño efectivo, según hemos expuesto) entiende que al tratarse de “plazas no susceptibles de adjudicación forzosa” -por ser a media jornada- no se puede “determinar de manera cierta la opción que en su caso se hubiese realizado por el interesado, por lo que la reclamación del reclamante se centra así en una hipótesis que se construye *a posteriori*”.

No podemos compartir el razonamiento de la Administración instructora pues, ya se trate de un puesto a jornada completa -en cuyo caso el aspirante en bolsa cumple con elegir uno de los que sean objeto de convocatoria so pena de verse postergado al último puesto de la lista- o a tiempo parcial -supuesto en el que puede rechazarlo sin consecuencias-, no se aprecia la incidencia de esta circunstancia en la efectividad del daño o en su nexo causal. Tal como razonamos, de no haberse cometido el error el interesado razonablemente

habría accedido a un puesto a media jornada conforme al “decurso normal de las cosas”. El hecho de no hallarse compelido por la amenaza de postergación en la bolsa no permite concluir que hubiera optado -ya entrado el mes de mayo- por no trabajar. En el asunto que nos ocupa el error o la confusión del servicio público resultó determinante para que el perjudicado se viera privado de la posibilidad de acceder a un puesto de los convocados, por lo que debe reconocerse el vínculo entre la indebida exclusión de la lista y el daño ocasionado, que debe quedar referido, tal como asume el propio reclamante, a una prestación de servicios a media jornada.

En suma, de lo actuado se desprende que el afectado pudo haber ocupado, con carácter temporal, alguna de las plazas adjudicadas a aspirantes con menor puntuación en virtud de las Resoluciones anteriormente reseñadas, debiendo tomarse en consideración, a efectos resarcitorios, la fecha de incorporación al trabajo del primero de los adjudicatarios de esas plazas, que tuvo lugar en virtud de la Resolución de 10 de mayo de 2018, de la Consejería de Educación y Cultura, incorporada al expediente.

**SÉPTIMA.-** Establecido, en los términos indicados, el nexo causal existente entre el perjuicio sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo procede la determinación y valoración económica del mismo.

El reclamante solicita una indemnización que asciende a 12.003,12 €, cantidad que, según indica expresamente, incluye tanto “las cuantías dejadas de percibir y lucro cesante” como el “perjuicio moral irrogado”. Para la cuantificación de este daño, el reclamante parte del “sueldo” que le habría correspondido en cualquiera de esas plazas, “al ser en jornada parcial (...), de 1.000,26 € brutos mensuales, salvo error u omisión”, y reconoce que “al ser plazas temporales y de final incierto resulta complicada la cuantificación del daño”, proponiendo entonces “la cuantía correspondiente a 4 mensualidades de salario por cada plaza” a la que no pudo concurrir por la indebida exclusión. Al mismo tiempo, contempla que “subsidiariamente” la propia Administración

establezca una “nueva” cuantía con base en “la duración de las necesidades de profesorado que han motivado la oferta de las plazas referidas, teniendo en cuenta en todo caso la compensación por el perjuicio moral”.

La Administración, dado el carácter desestimatorio de la propuesta de resolución que formula, no entra en el examen del *quantum* indemnizatorio.

Al respecto, en primer lugar, y en cuanto a la petición del interesado, resulta obvio que no puede asumirse su pretensión de 4 mensualidades de salario “por cada plaza” de las tres que pudo haber ocupado, pues resulta evidente que solo le cabía el desempeño efectivo de una.

En consecuencia, para el adecuado cómputo debemos considerar los elementos objetivos disponibles. Advertido que el reclamante habría podido acceder al trabajo en el momento en el que se nombra a un aspirante de peor derecho en virtud de la Resolución de 10 de mayo de 2018, debemos indagar en la fecha en la que finalizaría su desempeño temporal, que estimamos coincidente con la conclusión del curso académico, ya que en la Resolución de convocatoria, de 8 de mayo de 2018, se indica que la plaza de referencia era una “vacante”. Nada aduce el interesado sobre la eventual repercusión del error en percepciones posteriores (meses de julio y agosto) que se devengan por acumulación de un mínimo de tiempo de prestación de servicios durante el curso escolar, por lo que hemos de estimar que no se considera perjudicado por este concepto.

Por tanto, el daño patrimonial efectivamente producido se identifica con el salario dejado de percibir -correspondiente a la ocupación de una vacante del Cuerpo de Maestros, especialidad de Lengua Asturiana, a media jornada, durante el curso 2018-2019, desde la incorporación del aspirante al que le fue adjudicada la plaza en la Resolución de 10 de mayo de 2018 y hasta el final de curso-. Asimismo, y en virtud del principio de la *restitutio in integrum* o reparación integral del daño causado, que exige que se deje el patrimonio del perjudicado libre de los efectos derivados del hecho lesivo, este Consejo ya ha puesto de manifiesto en supuestos similares (por todos, Dictámenes Núm.

153/2014 y 129/2017) que la reparación plena del perjuicio no solo implica la liquidación de los haberes de los que se privó indebidamente al interesado, sino que debe comprender también el abono de las cotizaciones debidas a la Seguridad Social que se habrían producido como consecuencia del pago de las retribuciones correspondientes.

En cambio, puesto que el afectado no lo incluye en su petición, no resulta posible en este caso subsanar a través de la vía de responsabilidad patrimonial las consecuencias jurídicas derivadas del error relativas al reconocimiento de los servicios prestados (bien a efectos de antigüedad o bien para su cómputo en otros listados de interinidad o procedimientos selectivos en los que pudiera objetivamente participar), sin perjuicio de que pueda al efecto, y en caso de estimarse esta reclamación, solicitar el oportuno reconocimiento ante el órgano competente.

Por otra parte, estimamos que no existe prueba de que el interesado haya sufrido un daño moral específico que merezca ser indemnizado. Al respecto, nos remitimos a las consideraciones que sobre este extremo formulamos en el Dictamen Núm. 129/2017, debiendo subrayarse que en los supuestos en que se indemnizan como prestados servicios que no lo han sido en realidad, no habiendo el sujeto empeñado en ellos su tiempo o dedicación, no puede presumirse un daño moral, que requeriría de una prueba de haber sufrido "una repercusión psicofísica grave" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>).

En estas circunstancias, estimamos que la indemnización debe comprender tanto los salarios que habría percibido el interesado de no haber actuado la Administración erróneamente como la liquidación e ingreso en la cuenta de la Seguridad Social de las cotizaciones correspondientes. No constando en lo actuado nada que acredite que el afectado no ejerció actividad retribuida durante el periodo objeto de cómputo, debe no obstante la Administración comprobar este extremo que puede afectar a la cuantificación

de ambos conceptos, de modo que, en su caso, deberán detraerse las percepciones brutas que resulten de la comprobación reseñada y se revelen incompatibles con el desempeño a tiempo parcial.

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, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... 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.