

Dictamen Núm. 168/2021

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de junio de 2021 -registrada de entrada el día 23 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 sufridos como consecuencia de la exclusión indebida de una lista de empleo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de marzo de 2020, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos al haber sido indebidamente excluida de la lista de empleo de Trabajadores Sociales en la categoría de Titulado de Grado Medio, de la que formaba parte “en virtud de su participación en proceso selectivo del año 2006, con el número 143 y para todas las zonas”.

Según refiere, “con fecha 17 de mayo de 2017 se efectúa un primer llamamiento a la contratación para la prestación de servicios en la Consejería de

Servicios y Derechos Sociales, en calidad de valoración de la dependencia, que aceptó en un primer momento estando prevista como fecha de formalización del contrato la de 19 de mayo siguiente y de incorporación al puesto de trabajo la de 22 de mayo de 2017./ No obstante haber aceptado la oferta, se excusó después al sobrevenir circunstancia personal sobre inminente hospitalización de un hijo que le impedía la incorporación./ Sin embargo, fue directamente excluida de la lista”.

Señala que contra la citada decisión administrativa interpone recurso contencioso-administrativo que finaliza con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 5 de junio de 2019, que estimando el recurso declara nula su exclusión de la lista de empleo, e indica que en ejecución de sentencia es nuevamente “incluida en la bolsa con efectos de 17 de junio de 2019”.

Siendo concedora de que “se han realizado ofertas de nombramientos durante el periodo comprendido entre la exclusión indebida -18-05-2017- y la inclusión por sentencia -17-06-2019-, habiendo sido preterida por demandantes de la categoría de Titulado de Grado Medio, Trabajador Social, con peor derecho”, solicita ser indemnizada por “los beneficios económicos, cotización y de méritos como tiempo efectivo de trabajo de los contratos no ofertados en el periodo transcurrido desde el 17 de mayo de 2017 hasta el 17 de junio de 2019”.

Apunta como criterios valorativos de la responsabilidad que demanda los “beneficios económicos, sociales y de cotización” que habría obtenido “de haber sido nombrada para los contratos de trabajo de la categoría de Titulado de Grado Medio, Trabajador Social, no ofertados en el periodo transcurrido entre el 17 de mayo de 2017 hasta el 17 de junio de 2019, que en aras de evitar el enriquecimiento injusto deben entenderse referidos a las diferencias entre lo percibido en dicho periodo prestando servicios como Auxiliar de Enfermería (Grupo D) por cuenta del ERA y lo que debería haber percibido de haber sido contratada como Titulado de Grado Medio, Trabajadora Social, Grupo B”. Solicita asimismo que “el periodo que se dice se considere meritorio a los efectos de servicios prestados, carrera y demás inherentes”.

Adjunta una copia del contrato de trabajo celebrado en 1991 con el Instituto Nacional de Servicios Sociales para la prestación de servicios como auxiliar de clínica por tiempo indefinido y de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 5 de junio de 2019.

2. Mediante sendos oficios de 4 de marzo de 2020, el Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Presidencia comunica al mediador de seguros la presentación de la reclamación y a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 10 de junio de 2020, el Jefe de la Sección de Personal Temporal de la Dirección General de Función Pública suscribe un informe en el que identifica como “posibles contratos a los que hubiera podido optar” la reclamante “durante el periodo en que permaneció excluida de la lista de empleo” los siguientes: “Nombramiento de funcionaria interina en la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana desde el día 4 de julio de 2017 al día 20 de diciembre de 2017, ambos inclusive, para sustituir sin solución de continuidad permiso por maternidad, permiso por lactancia y vacaciones en un puesto de trabajo de nivel 18 y complemento específico A (...). Contrato de interinidad en organismo autónomo ERA desde el 31 de mayo de 2018 hasta el 14 de enero de 2019, ambos inclusive, para sustituir sin solución de continuidad incapacidad temporal y vacaciones en un puesto de trabajo de nivel 18 y complemento específico A (...). Nombramiento de funcionaria interina en la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar desde el 18 de febrero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019, ambos inclusive, para la ejecución de un programa de carácter temporal en un puesto de trabajo de nivel 18 y complemento específico A./ Para determinar lo anterior se ha tenido en cuenta el criterio de que la interesada se hubiera dado de alta en la bolsa el primer día posible tras la finalización de cada uno de los contratos o nombramientos. En todo caso, la formalización de los contratos o nombramientos expresados

estaría sujeta a que la interesada no se encontrara, en el momento de recibir la oferta, en situación de incapacidad temporal para el trabajo./ El resto de contratos del periodo de exclusión que no se hacen constar es bien por la imposibilidad material de habérselos ofertado, bien por tratarse de contratos cuya naturaleza hacía imposible que fueran ofertados a personal laboral fijo. En este último caso, el contrato de relevo en el organismo autónomo ERA para un puesto de técnico de intervención, toda vez que la normativa laboral y de seguridad social condiciona su formalización a la previa situación de desempleo o a la vinculación a la empresa (en este caso, el ERA) mediante un contrato temporal de `corta duración`. Respecto al resto de contratos, todos ellos habrían coincidido con periodos de trabajo derivados de los contratos expresados”.

4. Con fecha 29 de junio de 2020, la Jefa de la Sección de Nóminas II de la Dirección General de Función Pública libra un informe en el que cuantifica el importe de la indemnización a percibir por la interesada. En él parte de considerar que “es personal laboral fijo de la Administración del Principado de Asturias en el Organismo Autónomo ERA en un puesto configurado como Grupo D, Complemento de Destino nivel 13 y Complemento Específico tipo A, con los elementos de penosidad y turnicidad y con una antigüedad hasta 30 de abril de 2018 de 3 trienios en el Grupo B y 5 trienios en el Grupo D, y a partir del 23 de mayo de 2018 con efectos económicos de 1 de mayo de 2018 con 3 trienios en el Grupo B y 6 trienios en el Grupo D. Tiene reconocido un Complemento Personal de Antigüedad para el periodo de 2017 de 4,77 euros, para el de 2018 de 4,84 y para el de 2019 de 4,96 euros./ Asimismo tiene reconocido el primer nivel de la carrera profesional en el Grupo D desde el 1 de agosto de 2011 y el segundo nivel de la carrera profesional en el Grupo D desde el 3 de diciembre de 2018”.

Detalla los contratos que “le hubieran correspondido por sus llamamientos en la bolsa” de forma coincidente con la señalada en el informe del Jefe de la Sección de Personal Temporal, con la salvedad del periodo de duración del último nombramiento que -según la autora de este informe- se

habría extinguido el 17 de junio de 2019. Se indica que de haber aceptado todos ellos habría percibido las diferencias retributivas que especifica, cuyo importe total asciende a 9.050,17 €.

Finalmente señala que si hubiera suscrito los “contratos y nombramientos descritos anteriormente (...) en el periodo de 15 de enero (...) a 17 de febrero de 2019 no estaría percibiendo todavía el segundo nivel de carrera profesional”, por lo que dejaría de percibir la diferencia entre las retribuciones percibidas con el segundo nivel de carrera en el Grupo D y las correspondientes al primer nivel de carrera en el mismo grupo; esto es, 85,75 €.

5. El día 21 de julio de 2020, la Asesora Técnica y la Jefa del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Presidencia suscriben un informe en el que afirman que la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

En cuanto a la efectividad del daño reclamado, tras analizar las fechas en las que se suscribieron cada uno de los contratos celebrados con “candidatos con menor puntuación”, indican que la reclamante “no habría tenido una continuidad completa, por lo que una indemnización basada en las diferencias retributivas de un puesto de titulado de grado medio, Grupo B, a las percibidas como auxiliar de enfermería, Grupo D, no deja de ser una expectativa de la reclamante basada en la hipótesis de que le hubieran ofrecido un nombramiento con cargo a vacante durante todo ese periodo”. Reconocen la existencia de “un nexo causal entre el funcionamiento anormal de los servicios de la Administración, nacido de una exclusión de la bolsa de empleo formalmente no debida”, según lo reconocido en sentencia, “y la lesión producida, entendida en su sentido jurídico de unos daños que la reclamante no tiene el deber de soportar”.

Tras detallar qué contratos y nombramientos habrían correspondido a la interesada de no haber sido excluida de la lista en idénticos términos a los descritos en el informe de la Sección de Nóminas II, precisan, respecto a la cuantía de la indemnización que le correspondería, que la misma ha de calcularse teniendo en cuenta los salarios correspondientes a los “contratos que

hubiera podido aceptar y que fueron ofertados a participantes de la bolsa con menor puntuación, descontando de esa cantidad el importe de las percepciones salariales que hubiera percibido, puesto que en caso contrario se produciría un enriquecimiento injustificado o sin causa. Todo ello partiendo de que la interesada hubiese aceptado dichos llamamientos, y ante la imposibilidad de precisar con exactitud qué habría pasado de estar incorporada en la bolsa se asume la posición más favorable a la reclamante, considerando que sí habría aceptado, e incluso partiendo de que tras cada cese se hubiese incorporado a la lista al día siguiente, teniendo en cuenta que debía formular "cada vez que se produjera el cese una solicitud de reingreso al servicio activo y cada vez que aceptase un contrato una declaración administrativa de excedencia por incompatibilidad por prestación de servicios en el sector público". Entienden que "junto con las diferencias retributivas debe añadirse la liquidación e ingreso en la cuenta de la Seguridad Social de las cotizaciones correspondientes".

Respecto a la solicitud de que tal periodo se considere "meritorio a efectos de servicios prestados, carrera y demás inherentes", afirman que "consta en el registro de personal anotación de vencimiento del noveno trienio en el Grupo D con fecha de cumplimiento el 23 de mayo de 2018 y efectos de 1 de mayo de 2018, y teniendo en cuenta que a esa fecha no estaría con un contrato de la categoría de titulada grado medio en el Grupo B es correcto el vencimiento del noveno trienio en el Grupo D. Por otra parte, también figura anotación de resolución por la que se le reconoce (...) carrera profesional en la segunda categoría personal en el Grupo D con efectos 3 de diciembre de 2018. En este caso, se ha de partir de que las contrataciones temporales una vez en excedencia en su categoría como laboral fijo supondrían la interrupción del cobro de la primera categoría personal reconocida, y a su vez dichos periodos no computarían para el progreso en la segunda categoría personal que debería haberse atrasado al menos once meses y veinte días, que deberían descontarse a fecha 3 de diciembre de 2018 cuando se le reconoció el segundo grado en la categoría personal por haber transcurrido seis años desde el reconocimiento de la primera (...). Además, deberían descontarse a partir de esa fecha un total de cinco meses y once días más durante el tiempo en que habría sido llamada a un

puesto del Grupo B. Ello conllevaría (...) que desde el 15 de enero de 2019, que retornaría a puesto de la categoría del Grupo D, hasta el 17 de febrero de 2019, día antes a su posible último llamamiento del Grupo B, no debería haber percibido la cuantía de segundo nivel de la carrera profesional”.

Concluyen proponiendo la “estimación parcial de la reclamación (...) por el importe que se determine de acuerdo con las nóminas percibidas y las que le hubiera correspondido percibir con los contratos y periodos anteriormente mencionados, así como de los efectos derivados de la modificación que habría supuesto en la fecha de efectos del reconocimiento de la segunda categoría de carrera profesional”.

6. Mediante oficio de 3 de febrero de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático comunica a la reclamante y al mediador de seguros la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente acompañada del código seguro de verificación a efectos de su consulta electrónica.

7. Con fecha 4 de marzo de 2021, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora atiende a la solicitud de remisión del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial formulada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo, que ha admitido a trámite la demanda interpuesta por la interesada frente a la desestimación presunta de la misma.

8. Con fecha 8 de marzo de 2021, la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que manifiesta su discrepancia en cuanto a la identificación de los llamamientos que le hubieran correspondido de no haber sido excluida de la lista. Señala que “no es cierto que el primer contrato realizado con menor puntuación sea el efectuado en fecha 30 de junio de 2017”, pues “antes de esa fecha hubo otras contrataciones a candidatos con menor puntuación”, citando varios casos.

Manifiesta que “tampoco se ajusta a la realidad lo que se menciona como segunda opción de contrato a partir de la incorporación a la lista si se hubiera aceptado el que se propone como primera opción, a partir de 21 de diciembre de 2017, pues antes del efectuado el 31-5-2018 (...) se hicieron muchos contratos a candidatos con número de orden más bajo desde junio de 2017 y, en todo caso, desde el 21 de diciembre de 2017 se efectuaron las (...) contrataciones a candidatos con peor puntuación” que especifica.

Afirma que, “lejos de ser una expectativa el encadenamiento de contratos durante prácticamente todo el periodo al que se contrae la reclamación por indebida exclusión de la bolsa, es un daño real y efectivo si se está a la suerte de la integrante de la bolsa (que ostenta el número de orden 168), que la ha preterido desde el primer llamamiento que se hace el 19 de junio de 2017, a salvo de ciertos periodos entre contratos que perfectamente pueden residenciar los necesarios trámites burocráticos./ Baste pensar que de haber estado incluida en la lista a partir del 22 de mayo de 2017 hubiera accedido por puntuación a un primer contrato, el ofertado a (...) número de orden 168, llamada el 19-6-2017 (...). Aunque se desconoce el tipo de contrato y su duración, es el caso que (la número 168) vuelve a estar disponible el 12-2-2018, y el 9 de marzo de 2018 se le hace llamamiento para un contrato ERA que acepta, desde el 14-3-2018 con disponibilidad el 20-11-2018, siendo el siguiente llamamiento que se efectúa el 12-2-2019 que es la tercera opción a que se alude”.

Tras manifestar que los extremos señalados “deben ser acreditados desde el principio de facilidad probatoria por esa Administración y estar a ellos si resultan opción más favorable para la interesada”, indica que “la indemnización debe contemplar esta posibilidad y fijar las diferencias retributivas, a las que debe añadirse la liquidación e ingreso en la cuenta de la Seguridad Social de las cotizaciones correspondientes por referencia a esos contratos -si deviene en opción más favorable-”.

Finalmente, en cuanto a “los efectos y alcance para los trienios”, señala que “consta en el registro de personal anotación de vencimiento del noveno trienio en el Grupo D con fecha de cumplimiento 23 de mayo de 2018 y efectos

de 1 de mayo de 2018, y teniendo en cuenta que a esa fecha sí estaría en un contrato de la categoría de Titulada de Grado Medio en el Grupo B, debe regularizarse el vencimiento del noveno trienio con referencia al Grupo B. Todo ello sin perjuicio de las revisiones oportunas derivadas de los contratos y nombramientos que debió suscribir a efectos de las diferencias por carrera profesional”.

9. El día 23 de marzo de 2021, el Jefe de la Sección de Personal Temporal suscribe un nuevo informe en el que “confirma y ratifica lo informado en fecha 10 de junio de 2020 respecto de los contratos y nombramientos que hubiera podido disfrutar la interesada”. Precisa, en cuanto a la discrepancia relativa a “posibles contratos anteriores al primero que se le supone de no haber estado excluida de la lista de empleo”, que “todos ellos fueron para contratación por el Ayuntamiento de Oviedo en el marco de la previsión de puesta a disposición de las Administraciones locales de las listas de empleo y bolsas de trabajo prevista en la normativa reguladora del acceso al empleo temporal (...). No obstante, estos contratos no se pueden ofertar a quien se encuentra en activo en la Administración del Principado de Asturias, tal como sucedía con la interesada, que ostentaba la condición de personal laboral fijo de esta Administración”.

En cuanto a los “contratos que figuran en el punto segundo de sus discrepancias, en todos los casos coinciden con periodos en que la interesada se encontraba en situación de incapacidad temporal, lo que le habría obligado a rechazar el llamamiento justificadamente y, por consiguiente, solicitar la suspensión de llamamientos o, en todo caso, le impediría la firma de contratos de trabajo”.

10. Con fechas 29 y 30 de marzo de 2021, la Asesora Técnica y la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático libran un informe en el que reconocen la existencia de “un error aritmético” en el informe de la Jefa de la Sección de Nóminas II relativo al cálculo de las diferencias retributivas, y “confirman los datos aportados en el informe del Jefe de Sección de Personal Temporal”,

significando que “no procede” valorar las alegaciones de la reclamante “sobre un posible reconocimiento del noveno trienio en el Grupo B a fecha 23 de mayo de 2018 teniendo en cuenta que no se encontraría con nombramiento o contrato en plaza de ese grupo de acuerdo con los cálculos hechos por la Administración”.

11. El día 29 de marzo de 2021, la Jefa de la Sección de Nóminas II libra un nuevo informe en el que se ratifica en la identificación de los contratos a los que habría optado la reclamante de no haber sido excluida de la lista, si bien rectifica la cuantía del importe que le correspondería en concepto de diferencia retributiva, que asciende a 10.278,54 €. No hay variación en cuanto al importe de la diferencia entre el primer y el segundo nivel de carrera profesional en el Grupo D, que se mantiene en 85,75 €.

12. Con fecha 11 de mayo de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático remite a la interesada la ficha de acreedor al objeto de su cumplimentación, presentándola esta en el registro de la Administración autonómica el día 20 del mismo mes.

13. Con fecha 28 de mayo de 2021 se elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. En ella se reconoce que la reclamación se presentó dentro del plazo de prescripción de un año y que la actuación administrativa objeto de anulación judicial “causó un perjuicio efectivo a la interesada, pues de no mediar su exclusión hubiera sido llamada para nombramientos o contratos como personal del Grupo B con preferencia a quienes ocupaban en la lista peor posición”. Se asume la antijuridicidad del daño dado que la actividad administrativa sobre la que se articula la pretensión no responde a los “parámetros de racionalidad exigibles” y “concorre el plus de la falta de cumplimiento de requisitos formales y procedimentales del acto de exclusión”, como vienen reconociendo los pronunciamientos judiciales que cita. Finalmente se reconoce la existencia de “un claro nexo causal” que resulta de la

propia Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 5 de junio de 2019.

Sobre la cuantificación de la indemnización, se precisa que debe estarse a los “salarios dejados de percibir” al no haber ocupado la interesada el puesto que le habría correspondido de no haber sido excluida de la bolsa, “teniendo en cuenta los contratos que hubiera podido aceptar y que fueron ofertados a participantes (...) con menor puntuación, descontando de esa cantidad el importe de las percepciones salariales que hubiera percibido, puesto que en caso contrario se produciría un enriquecimiento injustificado o sin causa”.

Respecto a las discrepancias formuladas por la reclamante en el trámite de audiencia y, más concretamente, en lo que se refiere a la posibilidad de haber optado a contratos anteriores al efectuado el 30 de junio de 2017, en los que se llamó a candidatos con menor puntuación, se comienza por recordar que -como señala el Jefe de la Sección de Personal Temporal en su informe- “todos ellos fueron para contratación por el Ayuntamiento de Oviedo”, y que de acuerdo con el “criterio aplicado con carácter general en la gestión de las listas por razones de funcionamiento de los servicios de la Administración del Principado de Asturias”, que consta en el “encabezado” de las “bolsas de empleo publicadas en la intranet (...), no se ofrecerán contratos para Ayuntamientos a personal con nombramiento/contrato en vigor en el Principado o sus organismos, aunque estén trabajando de inferior categoría”, pues “la puesta a disposición de otras Administraciones públicas de las bolsas de empleo confeccionadas y gestionadas por esta Administración no puede ser a costa de perder efectivos que actualmente estén prestando servicios en el Principado de Asturias”.

En cuanto a la alegación de la perjudicada de que “de haber estado en la lista se hubieran encadenado los contratos (...) durante prácticamente todo el periodo al que se contrae la reclamación”, señala que en los informes obrantes en el expediente se ha acreditado que “no habría podido optar a un contrato con cargo a vacante que le hubiera permitido desempeñar un puesto de trabajo (...) durante todo el periodo reclamado”. Entiende que debe rechazarse asimismo la pretensión conforme a la cual “el noveno trienio debería vencerle

en el Grupo B” partiendo de la presunción de que a la fecha de vencimiento -23 de mayo de 2018- habría estado desempeñando un puesto perteneciente a dicho grupo, pues a tal fecha “se mantendría desempeñando plaza Grupo D como personal laboral fijo, por lo que el vencimiento del trienio en el Grupo D ha sido correcta”.

Respecto a la carrera profesional, destaca que “la interesada no presenta alegaciones sobre los informes emitidos por la Dirección General de la Función Pública, por lo que se puede deducir que está de acuerdo con los cálculos realizados”.

Finalmente, con relación a la pretensión de que se liquiden e ingresen en la Seguridad Social las cotizaciones correspondientes, expresa que “no se le están abonando los salarios atrasados a la interesada, sino una indemnización por el conjunto de perjuicios que se le han ocasionado en el marco de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Concluye que debe abonarse a la interesada una indemnización de 10.192,79 €, que es el resultado de descontar de la diferencia total retributiva, que asciende a 10.278,54 €, la cuantía correspondiente a la “diferencia por su nivel de carrera superior percibido”, esto es, 85,75 €.

14. Se incorpora al expediente, a continuación, el informe del Interventor Delegado de 3 de junio de 2021, por el que se fiscaliza de conformidad la propuesta de estimación parcial de la reclamación y de autorización, disposición del gasto, reconocimiento de la obligación y propuesta de pago.

15. Mediante escrito de 21 de junio de 2021, 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 Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte electrónico.

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.

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 67.1, segundo párrafo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), señala 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de marzo de 2020, y la sentencia anulatoria en la que se sustenta la misma se dicta el 5 de junio de 2019, por lo que es claro -con independencia de la fecha de notificación de la resolución judicial- que se acciona 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, en relación con el trámite de audiencia, advertimos que debió darse nuevamente audiencia a la perjudicada tras la incorporación al expediente de los informes administrativos librados en el mes de marzo de 2021. Como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 21/2017, 129/2018 y 249/2019), la omisión del trámite de audiencia, que ha de practicarse en el momento legalmente dispuesto -esto es, una vez “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución” (artículo 82.1 de la LPAC)-, puede constituir un defecto esencial impeditivo de cualquier consideración sobre el fondo del asunto. No obstante, en el caso de que se trata, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial consolidado según el cual el trámite de audiencia no es de mera solemnidad ni rito formalista, y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo, como es el de posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho, y considerando que los informes incorporados tras la primera audiencia no aportan ningún elemento de juicio relevante sobre la actividad de los servicios administrativos que pudiera generar indefensión a la reclamante, estimamos procedente entrar a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Asimismo, 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 91.3 de la LPAC, aun teniendo en cuenta la suspensión de dicho plazo entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020, en virtud de lo previsto en la disposición

adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas, y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Por último, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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 “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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la exclusión indebida de una lista de empleo, que determinó para la perjudicada la privación de la posibilidad de prestar servicios en una categoría superior a que le corresponde en su condición de personal laboral fijo, con la consiguiente merma retributiva e imposibilidad de generación de derechos a efectos administrativos.

Reconocido en los informes incorporados al expediente durante la instrucción del procedimiento que durante el tiempo en que la interesada permaneció excluida de la lista de empleo se celebraron contratos temporales

con otros aspirantes con peor puntuación que ella, hemos de reconocer, como ya hemos señalado en los Dictámenes Núm. 149/2019, 270/2019 y 55/2020, referidos también a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la exclusión irregular de aspirantes a la prestación de servicios de carácter temporal, que “no estamos ante una mera expectativa no indemnizable, sino ante una alta probabilidad objetiva rayana en la certeza conforme al ‘decurso 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 de no haber sido excluida indebidamente la aspirante “habría accedido a un empleo conforme al curso ordinario de los hechos”. Por ello, ha de considerarse acreditada la existencia de un daño real y 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 puntuación inferior, cuyo alcance y evaluación económica determinaremos de concurrir todos los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias.

Ahora bien, 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 a la reclamante el derecho a ser indemnizada 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 y si resultan antijurídicos.

Al respecto, baste señalar que la actuación a la que se imputa el daño ha sido declarada nula por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, en la que se aprecia que “la Administración demandada ni procedió a la notificación por escrito de la exclusión, prevista normativamente, ni expuso las razones de la misma ni puso en conocimiento de la actora los posibles medios para oponerse a ella. Decidió, sin más, su exclusión de la lista, prescindiendo del procedimiento oportuno, por lo que la indefensión provocada es evidente y la causa de nulidad de pleno derecho debe

ser apreciada”, y que la propia Administración a la que se dirige la reclamación ha reconocido la existencia de nexo causal entre el daño producido y el deficiente funcionamiento del servicio público materializado en la exclusión irregular de la lista de empleo, así como la antijuridicidad de los perjuicios efectivamente sufridos. En consecuencia, debemos estimar acreditada la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial por los daños asociados a la indebida exclusión de la reclamante de la lista de empleo.

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

La interesada solicita ser compensada por los “beneficios económicos, sociales y de cotización” que habría obtenido de haber optado a los llamamientos de la lista de empleo de Titulado de Grado Medio, Trabajador Social, durante el tiempo en que estuvo indebidamente excluida, esto es, desde “el 17 de mayo de 2017 hasta el 17 de junio de 2019”, con detracción de las diferencias retributivas percibidas en el mismo periodo “como Auxiliar de Enfermería (Grupo D) por cuenta del ERA” en aras a evitar el enriquecimiento injusto. La pretensión indemnizatoria comprende asimismo la petición de resarcimiento *in natura* del perjuicio profesional ocasionado por la preterición en el llamamiento, consistente en el reconocimiento por parte de la Administración de los servicios previos desde la fecha en que debió haber sido contratada o nombrada.

Antes de abordar el análisis de las diferentes partidas que son objeto de reclamación, debe tenerse en cuenta que uno de los principios sobre los que se asienta el instituto de la responsabilidad patrimonial es el de la *restitutio in integrum* o reparación integral del daño causado mediante la que se deje el patrimonio del perjudicado libre de los efectos derivados del hecho lesivo. En procedimientos como el que analizamos es evidente que la reparación plena del perjuicio no solo implica la liquidación de los haberes de los que se privó indebidamente a la interesada, sino que, como venimos señalando

reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 153/2014, 129/2017 y 55/2020), debe comprender también la liquidación e ingreso en la cuenta de la Seguridad Social de las cotizaciones que se habrían producido como consecuencia del pago de las retribuciones correspondientes. Asimismo, han de reconocerse efectivamente como servicios prestados los periodos correspondientes a la duración de los contratos que podrían haberse celebrado con la reclamante de no haber mediado su exclusión de la lista, bien a efectos de antigüedad o bien para su cómputo en otros procedimientos en los que pudiera participar en el futuro, como los de selección de personal o provisión de puestos de trabajo.

Por lo que se refiere a las retribuciones dejadas de percibir, el cálculo de su monto por la Administración arranca de la identificación de los contratos y nombramientos a los que habría podido optar de no haber sido indebidamente excluida de la lista, asumiéndose, por un lado -según se indica en el informe de la Asesora Técnica y la Jefa del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Presidencia de 21 de julio de 2020- "la posición más favorable a la reclamante considerando que sí habría aceptado, e incluso partiendo de que tras cada cese se hubiese incorporado a la lista al día siguiente, teniendo en cuenta que debía" formular "cada vez que se produjera el cese una solicitud de reingreso al servicio activo y cada vez que aceptase un contrato una declaración administrativa de excedencia por incompatibilidad por prestación de servicios en el sector público", y considerando por otra parte -como se señala en el informe del Jefe de la Sección de Personal Temporal de 10 de junio de 2020 y en la propuesta de resolución- que la condición de personal laboral fijo de la perjudicada impedía que pudiera concurrir a ciertos llamamientos, como el correspondiente a un contrato de relevo celebrado en el periodo indicado o los derivados de la puesta a disposición de la lista a favor de otras Administraciones; decisiones respectivamente amparadas, según se indica, en la normativa laboral y de Seguridad Social y en un criterio de gestión de las listas que resulta conocido por sus integrantes y que se aplica con carácter general. Asimismo, se tiene en cuenta que la reclamante permaneció en situación de incapacidad temporal en algunos periodos durante el citado

lapso de tiempo y que en tal situación no resultaba factible su contratación o nombramiento.

La interesada rechaza en el trámite de audiencia que la identificación de los posibles llamamientos realizados por la Administración sea correcta, y argumenta que habría encadenado contratos “durante prácticamente todo el periodo al que se contrae la reclamación (...) si se está a la suerte de la integrante de la bolsa (que ostenta el número de orden 168), que la ha preterido desde el primer llamamiento que se hace el 19 de junio de 2017”; sin embargo, no aduce ningún motivo con el que apuntalar su discrepancia y en estas circunstancias hemos de estar a lo indicado por la Administración.

Respecto a la cuantía a percibir en concepto de diferencias retributivas derivadas de la imposibilidad de prestar servicios de superior categoría durante el tiempo en que permaneció excluida de la lista de empleo, la misma asciende a 10.278,54 €, según los cálculos efectuados por la Sección de Nóminas II, cuya corrección técnica ha sido implícitamente asumida por la reclamante. De esta cantidad han de detrarse 85,75 € que derivan de la diferencia entre las retribuciones efectivamente percibidas, correspondientes al segundo nivel de la carrera profesional, y las pertinentes de haber aceptado los llamamientos de la lista de empleo de Titulado de Grado Medio, Trabajador Social; esto es, las propias del primer nivel de la carrera.

En suma, el importe total de la indemnización a satisfacer a la interesada asciende a 10.192,79 €, cantidad que habrá de ser objeto de la debida actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP. La Administración deberá proceder asimismo, al objeto de asegurar la reparación plena del perjuicio causado -según hemos señalado-, a la liquidación e ingreso en la cuenta de la Seguridad Social de las cotizaciones correspondientes y al reconocimiento como servicios efectivamente prestados del tiempo en que debió haber sido contratada o nombrada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos señalados.”

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.