

Dictamen Núm. 249/2023

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 22 de noviembre de 2023, 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 17 de julio de 2023 -registrada de entrada el día 21 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los perjuicios derivados de la falta de compensación económica por la especial disponibilidad en su puesto de trabajo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de marzo de 2023, la interesada presenta en el registro de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la falta de compensación económica de los servicios prestados fuera de su jornada ordinaria como directora de un centro de menores.

Expone que es funcionaria de carrera y prestaba servicios en la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar como directora de un centro de menores desde

el 18 de octubre de 2000 hasta el 3 de marzo de 2023, fecha en la que se produjo su jubilación. Señala que debido a su puesto de trabajo debía “estar localizable fuera de su jornada habitual, sin que la Administración dispusiese de sistema alguno para evitar recurrir a la directora del centro fuera de dicha jornada. Por lo que (...) permanecía disponible fines de semana y festivos”. Precisa que “el resto de las directoras de centros de menores de Asturias (...) han visto reconocido judicialmente su derecho al complemento de disponibilidad”, y que “la Administración les ha abonado un complemento salarial en las cuantías que se determinan por las citadas sentencias”; sin embargo, a ella “no se le ha abonado retribución alguna (...) por el mero hecho de que no está previsto para los funcionarios de Asturias”.

Refiere que, ante esta situación, interpuso recurso contencioso-administrativo interesando el “abono de complemento específico” que fue desestimado debido a que “no podían abonarse retribuciones diferentes a las fijadas legalmente para los funcionarios públicos, ni cabía fijar un segundo complemento específico al impedirlo las normas de función pública de Asturias”.

Por ello, solicita una indemnización de ocho mil ciento setenta y cuatro euros con dieciocho céntimos (8.174,18 €), cantidad equivalente a la que han percibido el resto de directoras de centros de menores en régimen laboral, en concepto de disponibilidad, en el año inmediatamente anterior a la presentación de la reclamación (68,83 €/día festivo en 2022 y 71,59 €/día festivo en 2023).

2. Mediante escrito de 28 de marzo de 2023, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar comunica a la interesada el nombramiento de instructora del procedimiento, y deja constancia de la fecha de recepción de la reclamación, las normas con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo máximo para resolver el mismo y los efectos del silencio administrativo.

3. Con fecha 10 de abril de 2023, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora libra un informe en el que, tras analizar los antecedentes

del caso, considera que “no se da el elemento de antijuridicidad del daño, por cuanto la Administración actuó con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico (...) y ello imposibilita, no ya la estimación de la reclamación, sino la mera admisión de la misma, por cuanto *prima facie* se aprecia la sujeción a Derecho de la Administración y la inexistencia de, al menos, uno de los requisitos para considerar esta actuación administrativa como susceptible de reclamación de responsabilidad patrimonial (...) por posibles perjuicios causados a la interesada”.

Adjunta la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 20 de enero de 2023 que desestima el recurso presentado por la reclamante.

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 19 de abril de 2023, el Instructor del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 3 de mayo de 2023 se persona en las dependencias administrativas la representante de la reclamante -aporta poder notarial al efecto- y se le hace entrega de una copia del informe técnico del Jefe de Servicio de Asuntos Generales.

5. El día 13 de julio de 2023 la Instructora del procedimiento, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico, formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “no se da el requisito de antijuridicidad del daño por cuanto la Administración actuó con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, en concreto a la regulación vigente aquel entonces y contenida en la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, así como los sucesivos Acuerdos de Consejo de Gobierno por (los) que se fijan las cuantías de las retribuciones del personal al servicio del Principado de Asturias”.

Por otra parte, entiende que se da “el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada” en este caso, dado que “la fundamentación de la reclamante ha sido en idéntica forma enjuiciada en sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 (*sic*) de Gijón”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de julio de 2023, 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 Derechos Sociales y Bienestar, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos la siguiente consideración fundada en derecho:

ÚNICA.- La reclamante solicita ser indemnizada por parte de la Administración del Principado de Asturias al amparo del instituto de la responsabilidad patrimonial por los perjuicios que entiende le han sido causados por las diferencias retributivas respecto al personal laboral que presta servicios en idénticas condiciones a las suyas en relación con el abono de un complemento por razón de la especial disponibilidad de su horario de trabajo.

En síntesis, la interesada reclama ahora a la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar la reparación de las consecuencias dañosas de lo que considera un anormal funcionamiento del servicio público, debido a “la imposición de turnos de disponibilidad más allá del horario legalmente establecido”. Situación que considera “ilegal” toda vez que las otras directoras de centros de menores, que prestan servicios “de forma idéntica” a la reclamante, con la única diferencia de su vínculo con la Administración -son personal laboral-, han visto reconocido judicialmente en el orden social su derecho al abono del complemento de disponibilidad para retribuir la prestación de servicios fuera de

la jornada ordinaria de trabajo previsto en el artículo 22 del V Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

Al respecto, procede advertir que no consta que con anterioridad a dicho pronunciamiento judicial la perjudicada reaccionase frente a la carga de estar disponible “fines de semana y festivos para atender los imprevistos y urgencias de su centro y el de otros menores”, aunque desarrollaba este puesto desde el año 2000. Por ello, pese al tenor literal de su escrito, lo que en puridad pretende es el abono -vía resarcimiento- de las diferencias retributivas existentes con las otras directoras de centros de menores del Principado de Asturias. Así pues, en este caso, y por muy amplio que sea el concepto de servicio público, no cabe entender que nos hallemos ante el resultado del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sino propiamente ante una cuestión atinente al régimen retributivo diferenciado de funcionarios y laborales.

En supuestos similares, y en el mismo sentido que lo viene haciendo el Consejo de Estado, hemos manifestado que la responsabilidad patrimonial de la Administración no constituye una vía para encauzar cualquier tipo de reclamaciones de carácter económico que se formulen frente a las Administraciones públicas, y que, con carácter general, quienes se encuentren ligados por una relación jurídica especial han de acudir a ella para dirimir en su seno sus pretensiones económicas (por todos, Dictámenes Núm. 269/2013 y 70/2017). En este caso, no cabe reconducir al procedimiento de responsabilidad patrimonial la reclamación que pone de manifiesto una disconformidad con el régimen retributivo de la reclamante como consecuencia -según entiende- de la falta de cobro de un complemento salarial al que afirma tener derecho, puesto que tales perjuicios no tienen su origen en un funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino en el marco de la relación estatutaria que la une con la Administración. De aceptar el planteamiento de la reclamante, vendrían a revisarse por esta vía indirecta los conceptos y cuantías retributivas del personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias, cuestión sobre la que este Consejo carece de competencia y que se somete a su específico régimen de plazos y recursos. Al respecto, debe significarse que las retribuciones del

personal funcionario vienen fijadas en la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias -aplicable por razón del tiempo al caso que nos ocupa-, y que el artículo 77, letra c), de la citada Ley proscribiera expresamente que los empleados públicos perciban "retribuciones por conceptos distintos a los especificados en esta Ley". En el mismo sentido, las Leyes de Presupuestos Generales -tanto estatales como autonómicas- vienen recogiendo el deber de los empleados públicos de percibir únicamente las remuneraciones del correspondiente régimen retributivo.

Por ello, existiendo normas específicas que disciplinan las retribuciones de especial rendimiento, dedicación o responsabilidad con sus respectivos sistemas de revisión e impugnación debe acudir a ellas, instando la producción de nuevos actos jurídicos en el seno de ese tipo de procedimientos específicos que eventualmente puedan reconocer el derecho a los complementos retributivos en cuestión y garantizando por esta vía tanto los elementos formales como las posibilidades de participación de los órganos de representación sindical y, en último término, el control jurisdiccional.

Por otra parte, no podemos desconocer que la interesada formula la presente reclamación de responsabilidad patrimonial tras desestimar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 20 de enero de 2023 el recurso contencioso-administrativo presentado por ella frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación del complemento específico deducida el 26 de mayo de 2021 frente a las Consejerías de Derechos Sociales y Bienestar y Presidencia del Gobierno del Principado de Asturias; sentencia que no fue recurrida, combatiendo ahora sus efectos mediante una reclamación de responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, no procedería la emisión de dictamen a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, dado que la solicitud presentada no se corresponde en sentido estricto con una reclamación de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, dado que la interesada ha calificado de modo expreso sus pretensiones como responsabilidad patrimonial y que la

Consejería de Derechos Sociales y Bienestar la ha admitido a trámite en tales términos, de lo que se deriva la obligación de resolverla expresamente, procede analizar el fondo de la consulta planteada al margen de la idoneidad de esta vía para reclamar el daño sufrido.

Así, y aunque a efectos meramente dialécticos reconociésemos la existencia de un daño real y efectivo, concretado en la falta de abono del complemento de disponibilidad que percibe el personal laboral que presta servicios en el mismo puesto de trabajo que la perjudicada, seguiría faltando igualmente la imprescindible nota de la antijuridicidad, puesto que frente a la sentencia que desestimaba su reclamación retributiva la interesada no presentó ningún recurso, por lo que ha ganado firmeza. En estas condiciones, es evidente que la reclamante tiene la obligación legal de soportar el daño cuyo resarcimiento impetra, pues no es posible reconocerle el abono del complemento de disponibilidad al haberlo fijado así, con el carácter de cosa juzgada, una sentencia judicial firme.

Al aquietarse frente a ese pronunciamiento asume la interesada que la legislación que sustenta la invocada discriminación entre funcionarios y laborales no merece tacha de inconstitucionalidad, y pretende al mismo tiempo que la Administración se sustraiga a la aplicación de la ley. Tales supuestos -en los que se apunta a una responsabilidad del legislador- sólo pueden encauzarse por la vía de la responsabilidad patrimonial cuando media una previa declaración de inconstitucionalidad de la norma, tal como se establece en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Se repara, además, en que la sentencia recaída razona que “no se puede reconocer el complemento de disponibilidad no previsto aisladamente en la normativa de referencia para la función pública en Asturias, que incluye este concepto dentro del complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de cada puesto de trabajo y, en concreto, la especial disponibilidad. Tampoco puede asignarse un segundo complemento específico al puesto junto con el que percibe ya que lo impide la norma, como tampoco es posible

incrementar cuantitativamente el que viene percibiendo y está fijado legalmente”.

En efecto, el desempeño de las funciones fuera de la jornada ordinaria para este personal ya viene retribuido en el complemento específico tipo “C” asignado a su puesto de trabajo, pues de conformidad con lo establecido en los Acuerdos de 21 de enero de 2022 y 20 de enero de 2023, del Consejo de Gobierno, por los que se fijan para 2022 y 2023, respectivamente, las cuantías de las retribuciones del personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias, dicho complemento retribuye “las condiciones particulares de cada puesto de trabajo y, en concreto en atención a su dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad, especial disponibilidad, la prestación de servicios en condiciones especialmente tóxicas o penosas, así como en determinadas jornadas a turnos, festivas, nocturnas, o cualquier otra característica que las distinga”. Además, dichos Acuerdos prevén de forma específica para los directores de centro un incremento de la cuantía del complemento específico correspondiente a los puestos de trabajo desempeñados por funcionarios de las escalas a extinguir de los grupos C -al que pertenece la interesada-, cuyas funciones se equiparan con las establecidas para las categorías de educador y de técnico de educación infantil en el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias (anexo II.2). Es por ello que la remuneración de la especial dedicación que pretende la interesada viene atendida en los complementos mencionados.

En suma, el mero hecho de que la reclamante no perciba el complemento de disponibilidad que ha sido reconocido judicialmente al personal laboral de conformidad con el Convenio Colectivo que le resulta de aplicación no hace nacer en ella un derecho a la equiparación -como pretende-, toda vez que, como acabamos de apuntar, las retribuciones de los empleados públicos vienen fijadas en las normas sectoriales de aplicación y, en tanto no hayan sido declaradas contrarias a derecho, no es posible extraer de esta diferencia retributiva ni de la especial disponibilidad que alega una lesión resarcible en el marco del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Ello conduce de manera inexorable a la única conclusión posible de que los daños alegados carecen de la imprescindible nota de la antijuridicidad, lo que impide el reconocimiento de cualquier responsabilidad patrimonial al respecto, por lo que la reclamación ha de ser desestimada, al margen de la idoneidad de esta vía para analizar la pretensión deducida por la interesada.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.