

Dictamen Núm. 12/2024

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 25 de enero de 2024, 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 6 de septiembre de 2023 -registrada de entrada el día 14 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 del error cometido al no consignar su situación de disponible en una bolsa de empleo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 9 de diciembre de 2022, la interesada presenta en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias un escrito -que califica como recurso potestativo de reposición- en el que expone que con fecha 20 de mayo de 2022 solicita su alta en dos bolsas de empleo de psicólogo/a, tanto en la de funcionarios como en la de laboral-prevencionista, sin que se proceda a ello, lo que le genera “un perjuicio desde el 16 de junio de 2022”, fecha en la que se llama a otra persona “para el puesto Jefe/a de Sección `A´ en el Entorno (Grupo A1, Complemento de Destino 24 y Complemento Específico C), dependiente del

Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal”, pues el llamamiento le habría correspondido a ella de haber figurado de alta en la bolsa pertinente.

Manifiesta que el 16 de septiembre de 2022 solicita que “se reconozca el error cometido y se disponga lo necesario para su subsanación con nombramiento en dicho puesto de Jefe/a de Sección desde el 16 de junio de 2022, con el abono de mensualidades, reconocimiento de la antigüedad, permisos y vacaciones correspondientes”, y que mediante Resolución de 10 de noviembre de 2022 se acuerda su “cese (como consecuencia de error en llamamiento) en el puesto de psicóloga en la Sección “B”, en el que prestaba servicio desde el 25 de agosto de 2022”, produciéndose los efectos del cese el 13 de noviembre de 2022. Indica que al día siguiente es nombrada para el puesto de Jefa de Sección “A” para el que debía haber sido llamada en el mes de junio; sin embargo -según señala-, tal nombramiento no se acompañó del reconocimiento de su solicitud de que se le resarciera “la pérdida económica correspondiente” más “los días de vacaciones-permisos y (...) las preceptivas cotizaciones a la Seguridad Social, así como la pérdida de la puntuación que sumaría por prestar servicios” durante el tiempo del nombramiento para el que no fue llamada.

Solicita una indemnización de once mil quinientos veinte euros con sesenta y dos céntimos (11.520,62 €) por los “daños y perjuicios causados y por los salarios que hubiera percibido desde el 16 de junio de 2022 al 24 de agosto de 2022” de haber ocupado el puesto que le correspondía, más “la diferencia” retributiva existente entre dicho puesto y el efectivamente desempeñado desde el 25 de agosto al 13 de noviembre de 2022. Finalmente, reclama el reconocimiento de la puntuación por desempeño de la Jefatura de Sección desde el 16 de junio de 2022, más la antigüedad y los días de permisos y vacaciones correspondientes.

2. Con fecha 16 de diciembre de 2022, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la entonces Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y

Cambio Climático, tras calificar la pretensión resarcitoria formulada como reclamación de responsabilidad patrimonial, requiere a la interesada para que aporte en el plazo de diez días copia de su documento nacional de identidad y especifique las "lesiones producidas", la "presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público" y el "momento en el que la lesión efectivamente se produjo", advirtiéndole que "de no aportar la documentación requerida en dicho plazo podrá producirse la paralización del procedimiento por causa imputable al interesado, con los efectos legalmente previstos".

Asimismo, le indica que "podrá aportar cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos" y proponer prueba, concretando los medios de que pretenda valerse".

3. El día 12 de enero de 2023, la interesada presenta en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que, atendiendo al requerimiento formulado, indica que las lesiones producidas son "la pérdida económica correspondiente a la cantidad dejada de percibir con salarios correspondientes al puesto de Jefa de Sección desde el 16 de junio hasta el 13 de noviembre de 2022", el abono de "las preceptivas cotizaciones a la Seguridad Social (...) en los dos meses de antigüedad entre el 16 de junio y el 24 de agosto de 2022" y el reconocimiento de la puntuación correspondiente al desempeño del citado puesto desde entonces, así como a efectos de antigüedad, permisos y vacaciones.

Respecto a la relación de causalidad, considera que es "clara" pues si se le hubiera dado de alta en las bolsas de empleo sin demora la hubieran llamado para ocupar el puesto que le correspondía desde el 16 de junio de 2022. Afirma que la lesión se origina en esa fecha y finaliza el día 14 de noviembre del mismo año, fecha en la que es nombrada para ocupar el puesto.

Adjunta copia de su documento nacional de identidad.

4. Mediante oficio de 23 de enero de 2023, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora comunica a la interesada y a la compañía

aseguradora de la Administración la fecha de inicio del procedimiento, que es la de recepción de la reclamación en el registro de la Administración del Principado de Asturias, el plazo máximo para su tramitación y los efectos del eventual silencio administrativo.

5. Con fecha 13 de febrero de 2023, el Jefe de la Sección de Administración de Personal, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Administración de Personal, suscribe un informe en el que asume que “efectivamente a la reclamante debería haberse ofertado el nombramiento en el puesto de Jefa de Sección de “A” por haberse dado de alta mediante solicitud enviada el 20 de mayo de 2022 (...), si bien por error no constaba su alta y, por tanto, su situación de disponible en dicha lista de empleo”.

Reconoce que “existe una lesión patrimonial efectiva y no meramente hipotética, susceptible de valoración económica, y que deriva de la omisión por parte de esta Administración de su llamamiento para el puesto de Jefa de Sección “A”, concurriendo en consecuencia los presupuestos legales que integran la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

En cuanto a la cuantía de la indemnización, señala que asciende a 10.812,76 €, importe que comprende las retribuciones que le hubiesen correspondido por el desempeño del puesto de trabajo desde el 20 de junio al 24 de agosto de 2022, ambos inclusive, más las diferencias retributivas con el puesto efectivamente desempeñado desde el 25 de agosto de 2022. Precisa, en relación con “los períodos tomados en consideración para cuantificar la indemnización (...), que la reclamante solicita que se la indemnice desde el 16 de junio de 2020”, si bien “la fecha de la que debe partir el cómputo es la de efectos del nombramiento, ya que la fecha de llamamiento que figura en los listados publicados en la página del Principado de Asturias no se corresponde con la fecha de inicio de la prestación de servicios. El llamamiento es la fecha en que se ofrece el puesto al funcionario interino, procediéndose al día siguiente a la formalización del nombramiento, que tiene efectos habitualmente del primer día laborable siguiente a su suscripción, en este caso el 20 de junio de 2022”.

Por otro lado, considerando que la indemnización no puede implicar “un enriquecimiento injusto de la interesada”, entiende que “debería acreditarse (...), a través de la vida laboral o de cualquier otro documento con valor probatorio, que durante el período comprendido entre el 20 de junio y el 24 de agosto de 2022 la interesada no desempeñó ninguna actividad retribuida, para detraer en caso contrario las remuneraciones percibidas de la indemnización por responsabilidad patrimonial”.

Finalmente, en relación con el reconocimiento de la antigüedad, manifiesta que si bien procede atender esta pretensión, ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, “ningún período de tiempo podrá ser computado más de una vez”, motivo por el que no se computará el período durante el cual la interesada desempeñó el puesto de trabajo de psicólogo/a (...), al solaparse parcialmente con el período que se le va a reconocer como desempeñado en el puesto de Jefa de Sección”.

Adjunta el informe elaborado el 13 de febrero de 2023 por el Jefe del Servicio de Gestión Económica de Personal, en el que se expresan las cuantías de las retribuciones y diferencias retributivas que corresponde abonar a la interesada.

6. El día 16 de febrero de 2023, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora acuerda la apertura de un período de prueba por un plazo de 15 días a fin de “determinar si (...) desempeñó actividad retribuida en el período entre 20 de junio (...) y el 24 de agosto de 2022 (...) y si estuvo percibiendo prestaciones por desempleo en el período objeto de (...) reclamación, por lo que se estima necesario solicitar a la reclamante la aportación de su vida laboral o cualquier otro documento con valor probatorio que aclare si desempeñó actividad retribuida o si ha recibido prestaciones del Servicio Público de Empleo en dicho período de tiempo”.

7. Con fecha 17 de febrero de 2023, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en su pretensión de ser indemnizada en la cantidad de 11.520,62 € líquidos, por los siguientes conceptos: retribuciones dejadas de percibir desde el 16 de junio al 24 de agosto de 2022, diferencias retributivas correspondientes al período comprendido entre el 25 de agosto y el 13 de noviembre de 2022 y valoración de los “días de asuntos propios y (...) días de vacaciones no disfrutados correspondientes al período comprendido entre el 16 de junio y el 24 de agosto” de 2022, más “2.649,35 euros en concepto de (...) daños morales ocasionados por el error cometido”.

8. El día 15 de marzo de 2023, la reclamante presenta a través del Sistema de Interconexión de Registros un escrito al que adjunta una copia de su vida laboral, de la que resulta que percibió una prestación por desempleo durante el período comprendido entre el 14 de mayo y el 24 de agosto de 2022.

9. Mediante oficios de 22 de marzo de 2023, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora comunica a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, poniendo a su disposición los documentos obrantes en el expediente.

10. Sin que conste la formulación de alegaciones en el trámite de audiencia, el día 21 de julio de 2023 la Jefa del Servicio de Asuntos Generales suscribe propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. En ella expresa que “el *dies a quo* a tener en cuenta para valorar el daño generado a la reclamante no puede situarse en la fecha del llamamiento (...) sino en la fecha de efectos” del mismo, que tuvo lugar el día de inicio de la prestación de servicios -el 20 de junio de 2022-.

Asimismo, indica que la cuantía a percibir ha de actualizarse “de conformidad con el artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre”, según el Índice de Garantía de la Competitividad fijado por el Instituto Nacional de

Estadística, por lo que teniendo en cuenta que la tasa de variación es superior al 2 % “es dicho porcentaje el aplicable. El 2 % de la cantidad de 10.812,76 euros indicados (...) asciende a 216,25 euros, lo que hace un total de 11.029,01 euros brutos”.

Por otro lado señala, respecto a las cotizaciones a la Seguridad Social, que la indemnización debe comprender “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, por lo que, además de la liquidación e ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social no ingresadas por la Administración del Principado de Asturias, al efecto de evitar un enriquecimiento injusto a la reclamante, deben ser descontadas de la indemnización a abonar a la misma y ser ingresadas en la Seguridad Social las cotizaciones a cargo de la trabajadora que se habrían deducido de su sueldo en caso de haber estado trabajando”.

Según razona, “en el caso de reclamaciones por el mal funcionamiento del sistema de llamamiento de las bolsas de empleo temporal, esa reparación integral del daño que se pretende a través del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige, de acuerdo con la jurisprudencia, no sólo el abono de las indemnizaciones en importe equivalente a los salarios que debió percibir el reclamante, sino también el pago de las cotizaciones sociales que hubieran procedido si hubiera trabajado, amén del reconocimiento de antigüedad, trienios, carrera profesional, etc., e incluso la anulación de las prestaciones percibidas por desempleo y de los tiempos de cotización consumidos por ese motivo./ Es decir, en términos jurídicos se eliminan los efectos derivados del indebido funcionamiento de los servicios públicos, reponiendo al reclamante en la situación que debió tener si tal indebido funcionamiento no se hubiera producido. Se considera por ello que las cantidades que se abonan al reclamante deben estar sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y por tanto la Administración debe practicar sobre ellas las retenciones” que procedan, “tal como hubiera sucedido si el reclamante hubiera desempeñado el puesto de trabajo y percibido las

retribuciones correspondientes. De no practicarse tales retenciones la reparación del daño excedería del perjuicio causado pues obtendría una indemnización equiparable al salario bruto no percibido, superior por tanto al salario líquido que hubiera recibido en el deseable estado de funcionamiento correcto de la Administración, lo que determina (un) enriquecimiento injusto para el reclamante. En este sentido, si bien la propia normativa reguladora del impuesto, Ley 35/2006, de 28 de noviembre, en su artículo 7.q) (...) determina la no sujeción al mismo de las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos cuando vengan establecidas de acuerdo con los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, consideramos que no resulta de aplicación pues no nos encontramos ante daños de carácter personal entendidos estos como daños físicos, psíquicos o morales, según se definen en el Manual Práctico de la Renta 2022 accesible desde la página web de la AEAT, sino daños de carácter material o económicos que por tanto sí deben quedar sujetos al referido impuesto. Ello además se compadece con otros supuestos de no sujeción al impuesto como son las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad por daños personales, o las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivadas de contratos de seguro de accidentes que se recogen en el apartado b) del artículo 7 de la Ley 30/2006./ De acuerdo con lo expuesto, sobre el importe de la indemnización bruta determinado (...) debe practicarse la retención por IRPF, para la que el artículo 80 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, prevé un tipo fijo 15 % por los atrasos que correspondan imputar a ejercicios anteriores (...). En definitiva, descontadas las retenciones por IRPF y las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del trabajador, la indemnización que le corresponde (...) ascendería a 8.674,32 euros”.

Respecto a la consideración que debe tener a efectos indemnizatorios la percepción de la prestación por desempleo por parte de la reclamante, afirma que “la solución jurisprudencial arbitrada no es descontar” la misma “de la

indemnización reconocida, como ocurre en el caso de haber percibido otras percepciones salariales como consecuencia de otro empleo desempeñado durante el correspondiente período, sino comunicarlo al SEPE a fin de que este tramite la correspondiente devolución de las prestaciones por desempleo recibidas por el trabajador, ya que el mismo no debió estar en esa situación”, por lo que procede comunicarlo “al SEPEPA por parte de esta Administración para la devolución de la prestación correspondiente a este período y la anulación de los demás efectos que correspondan”.

Asimismo propone reconocer a la interesada la antigüedad correspondiente, evitando la duplicidad preterida por la norma en los términos señalados en el informe del Jefe de la Sección de Administración de Personal.

Finalmente, en cuanto a la indemnización en concepto de daños morales ocasionados por el error cometido por la Administración, señala que “no se estiman (...) acreditados por lo que no procede su resarcimiento”.

De acuerdo con ello, propone “estimar parcialmente la reclamación (...); autorizar, disponer el gasto y reconocer la obligación (...) por importe de 8.674,32 euros (...); interesar de la Consejera de Hacienda la satisfacción del débito proponiéndole la ordenación del correspondiente pago (...); dar traslado al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos de la devolución de las prestaciones por desempleo recibidas por la trabajadora por el período comprendido entre el 20 de junio y el 24 de agosto de 2022, ambos inclusive (...); dar traslado a la Dirección General de Función Pública (...) para que proceda a la liquidación e ingreso en la cuenta de la Tesorería General de la Seguridad Social de las cotizaciones correspondientes a la empleadora (...), elevándose estas (...) a 700,34 euros (...); dar traslado a la Consejería de Hacienda para que proceda a practicar retención con cargo al IRPF sobre el importe bruto de la indemnización por un porcentaje del 15 % en concepto de atrasos, a efectos de su ingreso en la AEAT, ascendiendo a un importe de 1.654,356 euros”, y “dar traslado a la Dirección General de Función Pública para que tramite el expediente para el reconocimiento como servicios prestados como

grupo A1 (...) el período comprendido entre el 20 de junio y el 13 de noviembre de 2022”.

11. Con fecha 30 de agosto de 2023, el Interventor Delegado emite nota de reparo en la que razona que “el gasto propuesto para autorizar, disponer, así como para reconocer la obligación, debería ser el íntegro de las retribuciones que hubiese percibido el reclamante más el 2 % en relación al Índice de Garantía de la Competitividad de acuerdo al artículo 34.3 de la Ley 40/2015. Las deducciones por los conceptos de la cotización a la Seguridad Social a cargo de la reclamante y de la retención del IRPF no deberían minorar el gasto, sin perjuicio de que el importe de estos dos conceptos no se le transfieran a la reclamante, sino a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, respectivamente. El expediente contable no contempla ningún tipo de retención”.

Seguidamente efectúa una serie de “observaciones que no son objeto de reparo”, entre ellas, que “el importe de la propuesta de autorización y disposición del gasto, así como del reconocimiento de la obligación, debería ser el resultante del importe de las retribuciones íntegras deducido únicamente el importe de la cotización a la Seguridad Social a cargo del reclamante, puesto que de acuerdo al artículo 75 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) la ganancia patrimonial derivada del asunto que nos ocupa no es una renta sujeta a retención o ingreso a cuenta. La obligación de tributar por esta ganancia patrimonial la tendría que cumplir el reclamante, si procediese, en la forma, plazo e importe que determina la normativa tributaria”. Asumiendo que la indemnización “es una renta no exenta”, considera que “a efectos tributarios se calificaría como ganancia patrimonial, puesto que no es un rendimiento ni de trabajo ni de capital”, que “no se encuentra entre las que han de estar sujetas a retención o ingreso a cuenta conforme al artículo 75 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...). La obligación tributaria del reclamante, en el caso de que existiera, debería ser cumplida por él en la forma, plazo e importe que determinan las normas

tributarias. No existe obligación tributaria de la Administración del Principado de Asturias en relación a este asunto”.

Por otra parte, afirma que “similar argumento que el de la retención del IRPF se podría decir de la cotización a la Seguridad Social de la reclamante, en tanto en cuanto estamos ante una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, no ante las retribuciones en contraprestación por el desempeño de un servicio en régimen funcionarial o laboral a la Administración. En este sentido, no procedería tampoco la cotización a la Seguridad Social a cargo del trabajador. No obstante, la inclusión de la cotización a la Seguridad Social como concepto indemnizable se apoya, de acuerdo a la propuesta, en algún pronunciamiento judicial y del Consejo Consultivo”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de septiembre 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. RESP/2022/392 de la Consejería de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo".

En el asunto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 9 de diciembre de 2022 y, aun sin conocer la fecha en que la interesada tiene conocimiento del error cometido por la Administración al no consignar su situación de disponibilidad en la bolsa, dado que el llamamiento que debería haberle correspondido se produce el día 16 de junio de 2022, resulta evidente que la acción resarcitoria 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.

Ahora bien, consideramos necesario recordar a la autoridad consultante que la instrucción de los procedimientos ha de eludir la cumplimentación ritual de trámites superfluos en perjuicio de los principios de agilidad y eficacia (artículo 3 de la LRJSP), ciñéndose a la práctica de los que resulten estrictamente “necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”, según lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC. Atendidos los principios citados, el requerimiento efectuado con fecha 16 de diciembre de 2022 debió evitarse por innecesario, toda vez que, por una parte, la interesada ya había identificado debidamente en su escrito inicial cuáles eran las lesiones producidas y su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y, por otra, dado que la reclamación se presentaba antes de que hubiese transcurrido un año desde el llamamiento a otra persona con peor derecho que ella no podía existir duda alguna sobre el carácter tempestivo de la acción resarcitoria. Igualmente, hemos de señalar que tampoco procedía requerir a la perjudicada -que es o había sido empleada de la misma Administración- para que aportara una copia de su documento nacional de identidad; documento que, por otra parte, ya habría mostrado en el momento en que acude presencialmente al registro de la Administración del Principado de Asturias a presentar la reclamación.

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 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 ocasionados a la interesada debido a un error cometido por la Administración al no consignar su situación de disponible en una bolsa de empleo.

Los daños que se reclaman son los correspondientes al resarcimiento de las desfavorables consecuencias que le irrogó que no se consignara, por error, su situación de disponible en una bolsa de empleo, habida cuenta que, de no haberse producido tal falta, podría haber ocupado un puesto de Jefa de Sección desde el 16 de junio de 2022. Además del resarcimiento de los perjuicios retributivos derivados del citado error, pretende que se le reconozca el desempeño de dicho puesto a efectos de antigüedad, permisos y vacaciones correspondientes, cotización a la Seguridad Social y "puntuación", añadiendo a lo anterior en el trámite de audiencia la indemnización correspondiente al daño moral que esta situación afirma haberle causado.

Según asume el Jefe de la Sección de Administración de Personal en el informe librado el 13 de febrero de 2023, la perjudicada sufrió "una lesión patrimonial efectiva y no meramente hipotética, susceptible de valoración económica".

Reconoce asimismo la Administración reclamada la existencia de nexo causal entre los perjuicios sufridos por la reclamante y el deficiente funcionamiento del servicio público como consecuencia de un error cometido por el departamento encargado de la gestión de personal temporal, lo que le lleva a formular propuesta de resolución favorable al resarcimiento de la interesada. En consecuencia, debemos estimar acreditada la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial por los daños asociados a la comunicación tardía del error en el llamamiento por parte de la Administración.

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 mediante el abono de las retribuciones y cotizaciones sociales que le habrían correspondido por el desempeño del puesto de trabajo para el que no fue llamada, por error, desde el 16 de junio al 24 de agosto de 2022, así como el reconocimiento de la prestación de servicios durante el citado plazo a efectos de antigüedad, permisos y vacaciones. También solicita el abono de las diferencias retributivas con el puesto efectivamente desempeñado desde el 25 de agosto al 13 de noviembre de 2022, fecha en la que cesa en el citado puesto para incorporarse al que debía haber ocupado en el mes de junio, más el resarcimiento de un daño moral que cuantifica en 2.649,35 €.

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 sólo implica la liquidación de los haberes perdidos, sino que, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 153/2014, 129/2017 y 279/2022), 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 pertinentes. Asimismo, han de reconocerse efectivamente como servicios prestados los períodos correspondientes a la duración del nombramiento que se habría materializado de no haber mediado el error, 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 todos, Dictámenes 168/2021 y 279/2022). Ahora bien, tal y como se indica en la propuesta de resolución, en el caso de que se trata el reconocimiento de los servicios previos en el desempeño del puesto de Jefa de Sección "A" ha de excluir el cómputo del período durante el cual la interesada desempeñó el puesto de trabajo de psicóloga (del 25 de agosto al 13 de noviembre de 2022), pues de lo contrario se

infringiría lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública, según el cual "Ningún período de tiempo podrá ser computado más de una vez".

En cuanto a los haberes perdidos, estos ascienden según cálculos de la Administración que no han sido refutados por la reclamante a 10.812,76 € brutos, cuantía que comprende las retribuciones que le hubiesen correspondido por el desempeño del puesto de trabajo desde la fecha en que habría iniciado la prestación de servicios -esto es, desde el 20 de junio hasta el 24 de agosto de 2022, ambos inclusive-, más las diferencias retributivas con el puesto efectivamente desempeñado por ella entre el 25 de agosto y el 13 de noviembre de 2022.

Sobre el importe bruto de las citadas retribuciones habrán de hacerse efectivas tanto la retención procedente a efectos de IRPF como el descuento propio de las cuotas de Seguridad Social a cargo de la empleada, que deberán ingresarse en la cuenta correspondiente.

En efecto, en cuanto al régimen tributario de la indemnización resulta pacífico, según vienen asumiendo tanto la Dirección General de Tributos (Consultas Núm. V0739-21 y V1684-23) como las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TSJAND:2018:14280-, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 2020 -ECLI:ES:TSJGAL:2020:6652- y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 11 de septiembre de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:1960-), que este tipo de indemnizaciones está sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en tanto que los perjuicios indemnizados no son de carácter personal sino de tipo material o patrimonial y, habida cuenta de la prohibición de analogía establecida en el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, no opera la exención reconocida en el artículo 7.q) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las

leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Como señala la Dirección General de Tributos en las consultas arriba reseñadas, la vinculación de este tipo de indemnizaciones con el trabajo, puesto que vienen a sustituir a unos salarios dejados de percibir, ha de conducir a considerarlos como rendimientos del trabajo en tanto responden a la definición que de los mismos realiza el artículo 17.1 de la Ley del Impuesto y, por tanto, deben imputarse al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor. Tal solución, que consideramos razonable, es por otra parte análoga a la que se ha adoptado en relación con los salarios de tramitación, que también están sujetos a tributación y a retención a cuenta como rendimientos del trabajo de conformidad con lo señalado en el artículo 74.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como reconoce la Dirección General de Tributos en las Consultas V3258-20 y V1258-22.

Son también numerosos los pronunciamientos judiciales que asumen que del monto indemnizatorio deben descontarse las cuotas de Seguridad Social correspondientes al trabajador. Coincidimos en este sentido con lo señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TSJCLM:2018:2669- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), en la que, recogiendo un pronunciamiento anterior de la misma Sala, se afirma que “debe entenderse que existe una ficción absoluta, como si la actora hubiera sido efectivamente contratada, por lo que no pueden abonarse a ésta las cantidades relativas a la cotización a la Seguridad Social, pues ello produciría una duplicación de tales conceptos. Es decir, la retribución no percibida por la actora ha de ser neta y no íntegra como reconoce la resolución impugnada y, por tanto, no procede el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social a la actora, sino su deducción para su ingreso en la Tesorería”.

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

Por lo que se refiere al resarcimiento del daño moral, coincidimos con la Administración consultante en que no procede atender tal pretensión en la medida en que la realidad de dicho perjuicio no ha sido probada por la reclamante, ni cabe deducirla, a falta de tal prueba, de las circunstancias concurrentes en este caso. En efecto, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como también pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado revista tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”. En la misma línea, hemos indicado (por todos, Dictamen Núm. 182/2022) que la jurisprudencia viene señalando que el daño “debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles”, y ha de ser “real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1211-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), y descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad también ha reconocido que su apreciación puede en ocasiones inferirse sin necesidad de una específica prueba cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Finalmente estimamos acertado, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la reclamante, que la Consejería instructora oficie al Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias para que le requiera la devolución de las prestaciones por desempleo percibidas entre el 20 de junio y el 24 de agosto de 2022, las cuales devienen indebidas al abonarle la Administración el salario que

habría percibido durante el mismo período de haber desempeñado el puesto al que no fue llamada por error.

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

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

Gijón,

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.