



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 5 0 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por C.S.I., por daños ocasionados como consecuencia del retraso de la Administración en regularizar su situación como Director de Recursos Humanos (EXP. 606/2010 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Por escrito de 14 de junio de 2010, la Consejera de Sanidad solicita, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de C.S.I. que reclama determinadas retribuciones en razón del puesto que ocupaba efectivamente (Director de Recursos Humanos del Hospital Universitario de Gran Canaria "Dr. Negrín"), desde el 1 de enero de 1996 al 2 de noviembre de 2006, y que asciende a la cantidad de 71.390,19 €, que supone la diferencia entre las retribuciones percibidas como Subdirector de Gestión y Servicios Generales y las que debería haber obtenido como titular del puesto.

El 3 de noviembre de 2006, "se le regularizó el nombramiento como Director de Recursos Humanos de la Dirección General del Hospital Universitario", una vez se superaron los "retrasos y dificultades en determinados trámites administrativos que impedían que (...) se recogiera en el Programa de Gestión Convenida dicha reorganización".

---

\* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

2. La reclamación de la indemnización se formula el 2 de agosto de 2007, manifestando el interesado su pertinencia en el hecho de que se trataba de un daño que se mantuvo y, fue el 3 de noviembre de 2006, al ser nombrado Director de Recursos Humanos, cuando tuvo “conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria” y, por consiguiente, tuvo la posibilidad de ejercitar la acción. En razón de ello, el reclamante considera que el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año que se dispone para la presentación de la reclamación es el 3 de noviembre de 2006.

Sin embargo, la Administración inadmite la reclamación recurrida por el interesado en vía contencioso-administrativa y se dicta Sentencia acordando la procedencia de tramitar la reclamación, debiendo la Administración decidir sobre el fondo del asunto, con cita de la STS de 10 de junio de 1997 (RJ 4638/1997). La incoación, pues, del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial es consecuencia derivada de la ejecución de la mencionada Sentencia.

## II

El procedimiento tramitado se ha ajustado, en general, a las previsiones que ordenan esta específica clase de procedimientos, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

La reclamación ha sido interpuesta por quien ha acreditado interés legítimo para hacerlo, el eventual perjudicado por la actuación del servicio público gestionado por la Consejería de Sanidad [arts. 31.1.a) LRJAP-PAC y 4.1 RPAPRP]. El escrito de reclamación tiene el contenido del art. 6 RPAPRP, constando en la tramitación del procedimiento incoado la realización de las actuaciones necesarias para el conocimiento de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución que se adopte (art. 7 RPAPRP); especialmente, el informe del Servicio afectado por los hechos, la Directora Gerente (art. 10 RPAPRP); el trámite de vista y audiencia del interesado (art. 11 RPAPRP), al que no compareció la parte; y el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del referido Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

Cierra el procedimiento la pertinente Propuesta de Resolución, de desestimación de la reclamación presentada por el importe solicitado, sobre la que se ha recabado

el preceptivo parecer de este Consejo (art. 12 RPAPRP); último trámite antes de elevar la Propuesta de Resolución a definitiva (art. 13 RPAPRP).

### III

1. Antes de analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo, procede realizar un sucinto relato de los hechos que se desprenden de las actuaciones.

Mediante Resolución de 13 de mayo de 1994 el interesado ocupó el puesto de Subdirector de Gestión y Servicios Generales de Asistencia Especializada de Las Palmas Norte.

El 26 de diciembre de 1995 -según el reclamante- tuvo lugar una "reorganización de la División de Gestión", mediante la que se reordenaron las unidades correspondientes y figurando el interesado como Director de Recursos Humanos del Hospital Universitario de Gran Canaria "Dr. Negrín", aunque percibiendo, no obstante, las retribuciones de Subdirector y no las de Director.

El 3 de noviembre de 2006 fue nombrado Director de Gestión y Servicios Generales, con funciones en el área de personal (Dirección General de Recursos Humanos de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria "Doctor N.").

El 3 de agosto de 2007 tiene entrada en el Registro General del Hospital escrito del interesado solicitando ser indemnizado por presunta responsabilidad patrimonial de la Administración.

Inadmitida la reclamación, por entenderse que, al tener el interesado la condición de funcionario y no de particular, la reclamación debía ser encauzada a través del procedimiento administrativo común y no *por* el de responsabilidad patrimonial frente a particulares, fue, como se adelantó, recurrida, siendo estimado parcialmente el recurso por sentencia de 17 de septiembre de 2009 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, en cuyo fallo se señala:

*"(...) se estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de (C.S.I.) se declara la nulidad del acto administrativo identificado en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, debiéndose la Administración*

*admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por el recurrente (...)*”.

Con fecha 30 de noviembre de 2009, tiene entrada en el Registro General de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) escrito del Juzgado mencionado, instando a la Administración a que, una vez acuse recibo en el plazo de diez días, proceda a su ejecución y debido efecto, en el plazo establecido en el art. 104 LJCA, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo e indique el órgano responsable de su cumplimiento.

2. Habiéndose tramitado la cuestión por el procedimiento de responsabilidad en ejecución de tal Sentencia, esta circunstancia es claro que no empece, antes bien al contrario, a que se tenga en cuenta la aplicación de la regla legal relativa a la prescripción de la acción para reclamar (art. 142.5 LRJAP-PAC).

Esto es, el plazo para reclamar es de un año, que el interesado computa desde la fecha en que fue nombrado en 2006 Director de Recursos Humanos, momento en el que a su juicio se le regularizó su situación, resueltos los problemas administrativos que impedían que se recogiera en el Programa de Gestión convenida la reorganización de puestos adoptada, siendo entonces cuando pudo tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la acción.

Ciertamente, fue el 26 de diciembre de 1995 cuando se acordó internamente la reorganización de la División de Gestión, con las nuevas unidades que sustitúan a las anteriores y los puestos correspondientes, figurando en ella el interesado como Director de Recursos Humanos del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, situación que perduró hasta el 2 de noviembre de 2006. Por eso, cabría aducir que, desde que recibiera la primera nómina con retribuciones de Subdirector, pese al cambio supuestamente operado, el interesado podía haber reclamado la diferencia retributiva que ahora reclama, pero no lo hizo, consintiendo durante once años la situación hasta que fue nombrado Director.

Sin embargo, el interesado sostiene que, al tratarse de daños continuados, el comienzo del plazo de prescripción ha de ser la fecha de su nombramiento como Director, regularizándose la situación y percibiendo las procedentes retribuciones. Y, en relación con esta argumentación, la Propuesta de Resolución cita para negarla la STS de 23 de enero de 1998, según la cual:

*“Es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados: los primeros son aquellos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base de una unidad de acto (...) se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad (...) en los daños permanentes producido el acto causante el resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal Manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo. Por el contrario, en los supuestos de daño continuado, al producirse día a día generándose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con que el hecho lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos, en tanto que en el caso de los daños permanentes el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta dañosa”.*

Por eso, la Propuesta de Resolución mantiene que no existe daño continuado porque el recurrente ha podido conocer durante los 10 años que ha fijado como plazo de su pretensión su nómina mes a mes, conociendo los importes correspondientes, de modo que no tenía que esperar a ningún momento posterior para conocer la evaluación definitiva de los supuestos daños. En consecuencia, el plazo de prescripción del art. 142.5 LRJAP-PAC está vencido.

No obstante, lo relevante y determinante es que, pese a la reorganización de unidades acordadas, con asignación inicial de cierto puesto correspondiente a una de las unidades creadas al interesado, se mantuvo su situación como Subdirector, puesto para el que fue nombrado en su día y que era sustituido en tal reorganización, abonándosele, forzosamente, las retribuciones del puesto desempeñado, cuyas funciones, por cierto, son las asignadas al nuevo puesto, realizándolas por tanto el reclamante y, al parecer, debidamente.

Todo ello, sin perjuicio de que pueda limitarse la valoración del daño eventualmente, en aplicación de la normativa reguladora de la materia y en función de su determinación de la lesión antijurídica, teniéndose al respecto en cuenta la posibilidad legal del interesado de reclamar atrasos no abonados indebidamente.

## IV

En cualquier caso, es indudable que el interesado fue nombrado formalmente Subdirector de Gestión y Servicios Generales de Asistencia Especializada Las Palmas Norte por Resolución de 13 de mayo de 1994, siendo retribuido como tal hasta 2006. El reclamante aporta un escrito de la Dirección Gerencia, de 26 de diciembre de 1995, titulado "Reorganización de la División de Gestión", en el que el Director Gerente comunicaba a sus Jefes de Unidades una nueva organización, figurando C.S.I. como titular previsto o designable para ocupar la Dirección de Recursos Humanos, una de las nuevas tres Unidades.

Por tanto, lo actuado entonces se trataba de una mera reordenación funcional, con reflejo orgánico, de las áreas de actividad de la División de Gestión, apareciendo tres Direcciones, como se aprecia en las Memorias Anuales de varios años y en las Actas de reuniones de la Comisión de Dirección del Hospital, pero sin culminación adecuada según la normativa aplicable y, desde luego, sin creación efectiva de los órganos resultantes y, por ende, nombramiento de sus titulares o siquiera reconocimiento implícito de que quienes realizaban las funciones correspondientes, pudieran tener categoría o rango distinto al que ostentaban hasta entonces por nombramiento, que seguía siendo plenamente vigente tanto funcional como retributivamente.

Así, sólo años después y culminados legalmente los cambios organizativos planteados, se creó definitivamente una plaza de Director de Recursos Humanos en la plantilla orgánica del Hospital y el interesado fue nombrado titular, percibiendo desde entonces las retribuciones propias del cargo, como es exigible.

En este sentido, en el informe de la Directora General de Recursos Humanos, de 24 de junio de 2008, emitido con ocasión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado, se advierte que las retribuciones van condicionadas al nombramiento directivo. Además, señala que, desde el año 1994 hasta hoy, las funciones desempeñadas por C.S.I. han sido siempre las mismas. Justamente, como señala la Propuesta de Resolución, con cita de la STS de 28 de enero de 2003 (RJ 1993/1506), no pueden percibirse diferencias retributivas, aunque se haya desempeñado de hecho el puesto de trabajo y se haya solicitado por el funcionario su adscripción o nombramiento provisional, hasta tanto el puesto no esté dotado presupuestariamente.

En esta línea, las relaciones de puestos de trabajo (RPT) han de ajustarse a las previsiones presupuestarias, no pudiendo contener puestos de trabajo cuya cobertura

económica no esté contemplada en las dotaciones de personal recogidas en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para cada ejercicio" (art. 18 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública). Lo que vale para este caso, pues, no existiendo tal consignación presupuestaria, no procedía entonces incluir el puesto de Director, correspondiente a la nueva unidad prevista, en la RPT del Hospital.

En este orden de cosas y tras la oportuna modificación de dicha RPT, se creó el puesto en ella dotado presupuestariamente y el interesado fue nombrado Director de Gestión y Servicios Generales, con funciones en el área de personal (Dirección General de Recursos Humanos de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria "Doctor Negrín"), pasando a tener derecho a la percepción de las retribuciones del puesto que ocupaba y percibiéndolas efectivamente.

En suma, la reorganización acordada no significó creación orgánica o nombramiento, existiendo funciones que, aun cuando se contemplaba que se asignaran a un puesto de Dirección a crear, entre tanto -de acuerdo con la plantilla aún existente- se realizaban por un Subdirector, titular del puesto entonces existente al efecto, encuadrándose la actuación iniciada en el proceso de readaptación del Hospital a las previsiones del Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales del INSALUD.

No se discute que las funciones desempeñadas por el interesado lo fueran antes y después de la reorganización, pero en cada caso se asignaban a órganos o unidades diferentes, con los correspondientes puestos diferenciados para sus titulares en la RPT, la inicial y la reformada, dotados de modo también distinto. Es más, siendo las funciones realizadas las mismas pero pudiendo hacerlas un Subdirector, éste sólo podía percibir las retribuciones como tal y en relación con el puesto hasta entonces existente, hasta la efectiva creación del puesto de Director que asumía tales funciones y podría ocupar la misma persona, el interesado, pero con dotación y retribución distinta.

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. Deben, sin embargo, suprimirse del Fundamento Jurídico Séptimo todas las consideraciones relativas a la posible nulidad de pleno derecho del nombramiento de los Directores de referencia (4) en el año 2006; y actual (3), entre ellos, el interesado en esta reclamación. Se trataría, en su caso, de un procedimiento distinto que, entre tanto no se resuelva, no

interfiere en el presente, que tiene, además, por objeto exclusivamente a uno de los Directores, y no a los demás.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación presentada por C.S.I. se considera conforme a Derecho, de acuerdo con la fundamentación expuesta en el presente Dictamen.