



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 5 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de julio de 2014.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del error en el llamamiento realizado para la cobertura temporal de una plaza vacante (EXP. 217/2014 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado el 4 de junio de 2014 (R.E. en el Consejo Consultivo de Canarias 6 de junio de 2014) por la Consejera de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados del error en el llamamiento realizado para la cobertura temporal de una plaza vacante.

La legitimación de la Consejera para solicitar el dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

II

1. Puede extraerse del escrito de reclamación de la interesada que ésta solicita la reparación de los presuntos daños, tanto económicos como morales, ocasionados por el error en el llamamiento realizado para la cobertura del puesto nº (...) y por la asignación de puesto de trabajo en el municipio de (...). La interesada solicita una indemnización total de diecisiete mil doscientos ochenta y tres euros con cincuenta y

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

cuatro céntimos (17.283,54 €), incrementada posteriormente a dieciocho mil quinientos cincuenta y ocho con cuarenta y tres céntimos (18.558,43 €).

La reclamante cuantifica como daños económicos: 9.578,14 euros en concepto de salario bruto dejado de percibir, correspondiente a los días comprendidos entre el 6 de septiembre y el 14 de septiembre de 2010 y entre el 13 de octubre y el 20 de abril de 2011; 2.067,40 euros en concepto de gastos en materia de alojamiento y manutención, para cubrir los gastos que presuntamente realizó desde el 14 de septiembre al 13 de octubre de 2010 mientras trabajaba en el Centro de Día para Mayores de (...), donde señala que alquiló una habitación en una pensión; 190 euros en concepto de gastos de desplazamiento, mientras trabajaba en el Centro de Día para Mayores de (...), al menos en los fines de semana que libraba la reclamante y en el día inicial y final de la relación laboral (10 trayectos de ida y vuelta). Y, como daños morales, 5.448,00 euros.

Se alegan como tales: *“La frustración personal que hubo de soportar durante todos estos meses en los que sabía que tenía razones que fueron desatendidas y el sentimiento de indefensión y abandono que sufrió, hasta que la Administración, finalmente, se vio obligada a contestar y reconocer su derecho, a raíz de que la interesada volvió a presentar reclamación previa a la vía jurisdiccional social con fecha de 4 de marzo -aunque una vez más, intentando la Administración que todo siga igual con el argumento de que la interesada presentó solicitud de suspensión en las listas-*

El trato indigno que lesiona la consideración como persona de la interesada, que comienza cuando se ningunea el escrito que presenta la misma el día 3 de septiembre de 2010, en el que se advierte de la irregularidad que se está cometiendo en la contratación de la plaza de referencia, sin que se produzca contestación alguna al respecto. Tratamiento indigno que continúa cuando se advierte a la interesada telefónicamente, el viernes 10 de septiembre de 2010, que ha de acudir a trabajar el lunes siguiente a (...) y que no valen renunciadas, puesto que pasaría a ocupar el último lugar de la lista, aunque haya razones de cuidado a familiares; y ello a pesar de que finalmente se admitiera que empezase el martes, porque no podía ser de otra manera cuando el fin de semana no pudo arreglar su traslado la trabajadora.

La perturbación en el desarrollo de su vida familiar y cotidiana, que se produce con dicha contratación, puesto que la necesidad de recursos económicos y de estabilidad le obligarán a desatender el cuidado de sus familiares y al referido

desplazamiento. Además, con su contrato en (...) hubo de soportar además de condiciones laborales peores y más arriesgadas que las que por derecho le correspondían, con jornada de trabajo a turnos y acceso al Centro a través de caminatas por carreteras sin arcén para poder llegar al trabajo. Estas perturbaciones no las hubiera tenido que soportar si le hubieran ofrecido el contrato que le correspondía.

La privación, en fin, de su derecho al trabajo, suprimiendo la posibilidad de suscribir el contrato que le correspondía, y que si se hubiese ofrecido a la reclamante, ésta no se hubiese visto en la necesidad de aceptar otro en la empresa privada, cuyo cumplimiento es lo que motiva su solicitud de suspensión en las listas desde el mes de abril de 2011”.

2. La reclamación fue presentada por (...), que ostenta la condición de interesada en el presente procedimiento, al pretender el resarcimiento de un daño de carácter patrimonial y moral que considera que le ha causado la actuación de la Administración.

Concurre igualmente la legitimación pasiva de la Administración autonómica en cuanto es a su actividad a quien la reclamante imputa el daño, puesto que, tal y como se reconoce mediante la Resolución nº 428, de 21 de junio de 2011, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda, por la que se estima parcialmente la reclamación previa a la vía jurisdiccional social presentada por la interesada solicitando que se reconociera su derecho a ocupar con carácter temporal la plaza nº (...), se produjo un error en el llamamiento para la cobertura temporal de una plaza vacante (nº (...)) de la RPT producida por jubilación anticipada de un trabajador.

3. La reclamación tuvo entrada el 26 de agosto de 2011 en la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda, habiéndose reconocido el error al que imputa el daño mediante la referida Resolución nº 428, de 21 de junio de 2011, de la Secretaría General Técnica. Por tanto, no se ha presentado extemporáneamente, al no haber transcurrido el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, de conformidad con el art.

15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con el art. 7.4 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda aprobado por el Decreto 167/2008, de 22 de julio (BOC nº 159 de 08/08/08), teniendo en cuenta el Decreto 86/2011, de 8 de julio, que modifica la denominación y competencias de las Consejerías.

La resolución de la reclamación es competencia de la Consejera de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, de conformidad con lo establecido en el art. 3.6 del citado Reglamento Orgánico, en relación con el art. 8 del citado Decreto 86/2011, de 8 de julio y la disposición transitoria primera del Decreto 170/2011, de 12 de julio, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.

4. En la tramitación del procedimiento constan los siguientes trámites:

- A la vista de la reclamación presentada por la interesada, el 21 de septiembre de 2011 se solicita informe al Servicio de Personal de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda. Ésta emite informe el 14 de diciembre de 2011, en el que se señala, por un lado, la procedencia de abono de 9.008,55 € en concepto de los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre el 6 de septiembre de 2010 y el 19 de abril de 2011 (presenta su solicitud de suspensión en la lista el 20/04/2011), descontando el período desde el 14 de septiembre de 2010 hasta el 13 de octubre de 2010, durante el cual presta sus servicios para la Consejería como sustituta en el Centro de Mayores de (...) de (...). Sin que le corresponda el abono del día 20 de abril de 2011, al encontrarse desde esa fecha suspendida en la lista. Asimismo, se ve reducida la cifra calculada por la reclamante por no haberse tenido en cuenta la reducción del 5% de los salarios con efectos 1 de junio de 2010, recogida en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE nº 126, de 24/05/2010).

- Mediante Orden de 26 de enero de 2012, se admitió a trámite la reclamación de la interesada y se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que se notificó a la interesada el 14 de febrero de 2012.

- Tras haberse propuesto por el instructor archivo del expediente por constar la incoación de procedimiento jurisdiccional en el orden contencioso administrativo, el 6 de febrero de 2012 se emite informe por la Dirección General del Servicio Jurídico señalando la pertinencia de continuar con la tramitación del procedimiento de

responsabilidad patrimonial, aunque existan procedimientos judiciales en curso sobre la misma materia; en este caso, el procedimiento abreviado nº 6/2012, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, que, posteriormente, mediante Auto de 11 de diciembre de 2012 sería archivado, y el procedimiento abreviado nº 559/2011, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

- El 24 de febrero de 2013, se acuerda la práctica de pruebas por el órgano instructor, rechazando determinadas pruebas aportadas por la interesada, de lo que se le notifica el 2 de marzo de 2012.

- El 12 de marzo de 2012, se concede trámite de audiencia a la interesada, quien recibe notificación de ello el 16 de marzo de 2012.

- El 25 de julio de 2013, se requiere a la interesada la aportación de determinada documentación para una mejor determinación de la cuantía de la indemnización, viniendo a aportarla el 12 de agosto de 2013.

- A la vista de aquella documentación, el 26 de agosto de 2013 se solicita informe complementario al Servicio de Personal para que actualice la indemnización calculada.

Tal informe se emite el 10 de septiembre de 2013, corrigiendo la cuantía de la indemnización a la luz de los nuevos datos obtenidos.

- El 16 de octubre de 2013, recibe notificación la interesada de la propuesta de acuerdo indemnizatorio, de 20 de septiembre de 2013, en la que se fijaba una indemnización de 5.128,02 €.

- La reclamante presenta, el 25 de octubre de 2013, escrito manifestando su disconformidad con dicho acuerdo indemnizatorio, solicitando una indemnización de 18.558,43 €.

- El 12 de noviembre de 2013, se remite el escrito de la interesada al Servicio de Personal, a los efectos de la emisión de informe al respecto, lo que se reitera el 17 de enero de 2014. Se emite tal informe el 21 de febrero de 2014, que ratifica lo informado ya.

- Se concede audiencia a la reclamante el 25 de febrero de 2014. Recibe notificación la interesada el 28 de febrero de 2014, viniendo a presentar alegaciones

el 13 de marzo de 2014. Adjunta a su escrito fotocopias de numerosas facturas y tickets.

- El 28 de abril de 2014, se emite informe por el Servicio de Régimen Jurídico en el que se propone la estimación parcial de la reclamación de la interesada, en los términos de los informes del Servicio de Personal.

- El 6 de mayo de 2014, se emite PR en el sentido del informe referido, lo que se informa conforme a Derecho el 28 de mayo de 2014 por la Dirección General del Servicio Jurídico.

III

En cuanto al procedimiento a seguir a partir de esta reclamación, debe señalarse, de entrada, que la interesada plantea como aplicable los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP). Y aplicando esta normativa lo tramita la Administración reclamada.

No obstante, es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo que excluyen de la aplicación de tal normativa los daños derivados o producidos en el seno de una relación funcional o laboral entre el presuntamente damnificado y la Administración empleadora. Y es que, cuando existe una relación funcional o laboral entre el reclamante y la Administración hay que aplicar las disposiciones específicas que regulan esa relación y no cabe acudir a subsumir cualquier reclamación económica en la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos (Dictamen 51.051, de 29 de septiembre de 1988; Dictamen 53.992, de 14 de noviembre de 1989; y Dictamen 54.613, de 8 de junio de 1990).

Por otra parte, este Consejo Consultivo, desde su Dictamen 31/2001, ha señalado, con cita de diversos Dictámenes del Consejo de Estado, que es a los particulares a los que se refieren explícitamente la Constitución (art. 106.2) y la LRJAP-PAC (art. 139) cuando establecen el derecho indemnizatorio por lesión en bienes y derechos, salvo fuerza mayor, por el funcionamiento de los servicios públicos, por muy amplia que sea la inteligencia de tal condición personal. Y, ciertamente, es clara la diferencia jurídica entre particulares y funcionarios desde la perspectiva de su relación con la Administración, caracterizándose los segundos por su relación de servicio o de especial sujeción frente a la generalidad de los

particulares (Dictamen 11/2006, de 11 de enero y los que en él se citan). Esta diferencia de régimen jurídico supone, además, el seguimiento de un procedimiento distinto del común de la responsabilidad por daños de los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC. Así, nuestro Dictamen 395/2007 concluye que *"procede considerar que la PR objeto de dictamen es contraria a Derecho por razón del procedimiento conforme a que se ha tramitado la presente reclamación"* (el del art. 139 s.s. citados).

En el Dictamen de este Consejo Consultivo nº 228/2012, y también en el más reciente nº 214/2014, se insiste en esta línea:

"Al respecto, es de señalar que no está regulado un procedimiento general para la resolución de los supuestos de indemnización por razón del servicio, pese a que debiera haberlo como razonadamente pone de manifiesto el Consejo de Estado. Aunque se prevén en el Ordenamiento Jurídico distintas vías procedimentales para tramitar indemnizaciones a funcionarios, como aquéllos particularizados por la especial dificultad o peligrosidad de sus funciones; todos estos procedimientos específicos y distintos entre sí son equiparables, tanto por su común fundamento del derecho indemnizatorio a reconocer como por el hecho de que ninguno es el ordenado en el citado RPAPRP. En resumidas cuentas, no siendo el procedimiento a seguir el del Reglamento ya citado, ni existiendo uno de responsabilidad por daños a funcionarios, genérico o específico del caso, el procedimiento a seguir ha de ser el administrativo común determinado en la LRJAP-PAC".

Por lo demás, la no aplicación del procedimiento común de responsabilidad de la Administración tiene también consecuencias en la no preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo. Así lo viene entendiendo nuestra doctrina: *"Por consiguiente, como no se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, sino de haberes y de derechos adquiridos, el Dictamen del Consejo Consultivo no es preceptivo ni tiene carácter de facultativo [arts. 11.1.D.e) y 14 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias]; por ende, no puede pronunciarse sobre el fondo de asunto"* (Dictamen 583/2010).

Pues bien, en el presente caso la reclamación de la interesada proviene, como ya se indicó, del reconocimiento tras reclamación previa a la jurisdiccional social de su derecho a "haber sido llamada" para ocupar un puesto luego atribuido a otra persona por error. Por ello, con carácter previo, debemos plantearnos el fundamento jurídico del derecho que se ejerce por la interesada: Si sus pretensiones constituyen una *"cuestión de personal"* -entendida como toda la que se derive de una relación

jurídico-administrativa entre una Administración Pública y su personal, ya se refieran al nacimiento o constitución de tal relación jurídica, a su contenido (prestaciones, contraprestaciones, derechos, deberes, etc (...)), a las situaciones administrativas generadas o a su extinción- o bien si constituyen la exigencia de responsabilidad de la Administración por daños y perjuicios generados en su relación con los particulares. En este caso, se reclama por el hecho de que la reclamante no ha podido consolidar la expectativa en derecho (por no ser conforme a la base duodécima de la Resolución de 6/07/2007 por la que se aprueban las bases genéricas de las listas de reserva para contrataciones temporales del Departamento) y, consecuentemente, proveer el puesto, por error administrativo en la gestión del llamamiento.

En definitiva, aunque la posición de los que se hallan en listas de reserva para ocupar puestos de trabajo en la Administración Pública sea meramente la de ostentar expectativas de llegar a consolidar una relación laboral con aquélla, no cabe duda que tal situación genera una específica relación jurídica de carácter estatutario, bien diferente de la que asume cualquier ciudadano con la Administración con ocasión de la prestación por ésta de servicios públicos. Aunque no se haya completado totalmente la relación laboral, por mantenerse a la expectativa en la lista de reserva, la normativa aplicable a tal situación es la propia de la relación funcionarial, laboral en este caso. Además, los conceptos indemnizables que se reclaman (salario bruto dejado de percibir, gastos derivados del desplazamiento indebido para trabajar, etc.) aluden a una reclamación laboral, y no a los generados por un daño producido por el funcionamiento de los servicios públicos por la Administración; nos encontramos por tanto ante una "cuestión de personal".

En fin, se ha seguido un procedimiento de responsabilidad inadecuado y no existe preceptividad para la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

No procede seguir el procedimiento de los arts. 139 y siguientes de la LRJAP-PAC y del Reglamento que los desarrolla, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Por eso mismo, no resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que no ha de entrar en el fondo de la cuestión planteada.