



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 1 9 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de julio de 2020.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por los perjuicios derivados de no haber sido llamado y contratado para la cobertura de una plaza vacante de la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio para el desarrollo en domicilio de personas dependientes (EXP. 268/2020 ID)\*.*

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

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 19 de junio de 2020 (con registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 30 de junio de 2020), por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Ciudad de Arucas, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados del llamamiento realizado a un tercero, en lugar de al reclamante, para la cobertura en la contratación de una plaza vacante.

2. Se reclama una indemnización consistente en 6.000 euros por daños morales, más los salarios dejados de percibir y el valor de las cotizaciones a la Seguridad Social y que se decrete la nulidad de la contratación de (...) y se reconozca su derecho a ser contratado en su lugar y se ordene anular y retirar de sus bases y archivos los informes a que se refiere la certificación de la Secretaría General del Ayuntamiento de Arucas. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, así como la legitimación de Alcalde para solicitarlo, de conformidad con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

## II

1. El objeto de la reclamación viene dado por el escrito presentado por el interesado, en el que se exponen los siguientes hechos y pretensiones:

*«PRIMERO.- (...), con la categoría de auxiliar de enfermería, se encuentra incluido en la bolsa de personal del Servicio de Ayuda a Domicilio y Centro de Día del Excmo. Ayuntamiento de Santa María de Guía desde el 7 de julio de 2014, bolsa ésta de la que se sirven otros municipios, entre ellos el Excmo. Ayuntamiento de Arucas. La puntuación obtenida por el mismo en dicha lista es de 3,4.*

*SEGUNDO.- Que en virtud de este acuerdo de colaboración entre ambas administraciones locales, (...) suscribió contrato temporal para obra o servicio determinado con la entidad Excmo. Ayuntamiento de Arucas el día 1 de agosto de 2017, teniendo por objeto el de "llevar a cabo las tareas de auxiliar de ayuda domicilio para el desarrollo en domicilio de personas dependientes perteneciente subvención Cabildo CCLL periodo aproximado 5 meses". El 20 de diciembre de 2018 se prorrogó dicho contrato por un período de 6 meses y 10 días más, hasta el 10 de julio de 2018. Y nuevamente prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2018, en que cesó el trabajador. El trabajador prestaba sus servicios con la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio, dentro de proyecto denominado Actuaciones a domicilios de personas en situación de dependencia programa de colaboración para la prestación de Servicios Sociales Básicos y Especializados.*

*TERCERO.- Que en los primeros diez días de febrero de 2019 el trabajador fue llamado por los servicios sociales (recursos humanos) del Excmo. Ayuntamiento de Santa María de Guía para cubrir una baja en el Municipio de Arucas [parece ser que era de la trabajadora (...)], y para cubrir dicha baja laboral desde Santa María de Guía se envían los datos de (...) a los Servicios Sociales del Excmo. Ayuntamiento de Arucas.*

*Por el Excmo. Ayuntamiento de Arucas se comunica al Excmo. Ayuntamiento de Santa María de Guía que no aceptan a (...) por tener informes negativos hacia su persona, procediéndose por el Excmo. Ayuntamiento de Santa María de Guía a remitir a la siguiente disponible en la lista, llamada (...) (con puntuación de 3,2 en la bolsa referida en el hecho primero de la presente), y que actualmente parece ser que viene prestando el servicio de auxiliar de ayuda a domicilio cubriendo la vacante de (...), aunque realmente parece que ni siquiera está cubriendo esta plaza.*

*CUARTO.- El día 12 de febrero de 2019 el trabajador remite un burofax al Excmo. Ayuntamiento de Arucas interesando los informes desfavorables emitidos contra el mismo, insistiendo se le remita copia del expediente realizado en su contra por los técnicos municipales.*

*El Ayuntamiento de Arucas no le hace entrega del expediente administrativo, ni de los dichos informes, sino que por la secretaría General de dicha corporación procede a emitir certificación, suscrita electrónicamente el 18/2/2019 por el interventor y el Alcalde (sorprendentemente no consta firma de la Secretaria), con el siguiente tenor literal:*

*“(...) Certifico: Que según los antecedentes obrantes en el expediente electrónico número 1525/2019, existe informe emitido por los responsables de los servicios de Ayuda a Domicilio y Centro de Día, que Copiado literalmente dice:*

*“El Servicio de Promoción de la Autonomía Personal de la Concejalía de Bienestar Social del Excmo. Ayuntamiento de Arucas*

*INFORMA:*

*Desde principios del segundo semestre de 2017 hasta diciembre de 2018, (...) prestó sus servicios como auxiliar de ayuda a domicilio en el Servido Municipal de Ayuda a Domicilio de manera esporádica, en el Centro Municipal de Estancia Diurna.*

*Durante este tiempo (...) demostró una serie de actitudes no apropiadas con la labor que realizaba de las que destacamos las siguientes:*

*. Continuo cuestionamiento de la organización de los servicios, las programaciones técnicas, los planes de intervención y, en general, del trabajo desarrollado por otros profesionales del Servicio en especial del equipo técnico. No desarrollaba las programaciones de los técnicos según lo establecido, no acometía sus funciones de acuerdo con el equipo sino a su propio criterio, descalificándolas.*

*. Traslado de su propio malestar y de sus críticas a las personas usuarias del servicio y sus familiares creando situaciones de conflicto de las personas usuarias y sus familiares con el Servicio de Ayuda a Domicilio.*

*. Crítica recurrente al trabajo de otras/os auxiliares de ayuda a domicilio y de los/as técnicos/as cuestionando su profesionalidad, generando mal ambiente de trabajo.*

*. Nula capacidad de trabajo en equipo.*

*. Trato vejatorio a otras/os trabajadores del Servicio.*

*. Trato vejatorio hacia las Personas usuarias del Servicio.*

*En base a lo anteriormente expuesto y a la experiencia de trabajo con (...), comunicamos nuestra negativa, como equipo técnico del Servicio de Promoción de la Autonomía Personal de la Concejalía de Bienestar Social del Excmo. Ayuntamiento de Arucas a la reincorporación de (...) en este Servicio (...).”*

*(...)”*

*SÉPTIMO.- Que esta situación además de afectar laboralmente al trabajador, ya que pudiendo estar ocupando una plaza de interinidad, sustituyendo a la trabajadora (...), con las retribuciones oportunas y la duración prevista inicialmente para dicha plaza, además le viene afectando profesionalmente, ya que se vierte en la certificación una serie de manifestaciones negativas hacia el mismo, todas ellas falsas, que no sólo tienen trascendencia laboral y profesional, sino que incluso disciplinarias (cuando no penales) que están afectando gravemente a la estima del trabajador, a su propia imagen personal y familiar, generándole actualmente un cuadro de insomnio y ansiedad por las graves injurias y calumnias que se contienen en el certificado expedido por la Secretaria General del Ayuntamiento de Arucas (sin traslado de dichos informes), donde además de cuestiones laborales se le imputa al trabajador (sin su audiencia) "trato vejatorio" a otros/as trabajadores del Servicio, e incluso hacia personas usuarias del servido. Por ello se reclama una indemnización por daños y perjuicios psíquicos y morales de 6.000€.*

*OCTAVO.- El día 11/3/2019 por el dicente se promovió esta misma reclamación ante el Juzgado de lo Social de Gáldar, órgano que con fecha 28 de mayo de 2019 ha dictado sentencia en el sentido de estimar al excepción de falta de competencia del orden jurisdiccional social por razón de la materia articulado por las administraciones demandadas, motivo por el cual se promueve la presente reclamación previa a la vía jurisdiccional contenciosa ante este Ayuntamiento en reclamación de lo que se contiene en el suplico de la presente».*

2. En relación con la reclamación, ha de decirse que fue presentada por (...), quien ostenta la condición de interesado en el presente procedimiento pues pretende el resarcimiento de un daño de carácter patrimonial y moral que, considera, le ha causado la actuación de la Administración [art. 4.1.a) LPACAP].

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración autonómica, viene dada en virtud de Acuerdo entre distintas Administraciones para proveer puestos de trabajo a través de las listas de reserva gestionadas por el Ayuntamiento de Santa María de Guía, si bien, no se ha aportado el Convenio de colaboración al que se alude por el Ayuntamiento de Arucas, lo que convertiría en legitimados solidarios a los dos Ayuntamientos, en cuanto es a la actividad de ambos a quien el reclamante imputa, en definitiva, el daño, tal y como prevé el art. 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

3. La reclamación tuvo entrada el 4 de junio de 2019, si bien se remitió el día anterior burofax respecto de un hecho acaecido en febrero de 2019, y el día 1 de marzo de 2019 se interpuso demanda por los mismos hechos ante el juzgado de lo Social, n.º 1, de Gáldar que, mediante sentencia de 28 de mayo de 2019, desestimó

la demanda del interesado sin entrar en el fondo del asunto, al estimar la excepción procesal de falta de competencia del orden jurisdiccional social por razón de la materia. Por tanto, la reclamación no se ha presentado extemporáneamente, al no haber transcurrido el plazo de un año.

4. Asimismo, la referida sentencia, nos lleva, con carácter previo, a analizar el fundamento jurídico de la pretensión ejercida por el interesado, esto es, si sus pretensiones constituyen una *«cuestión de personal»*, entendida como toda la que derive de una relación jurídico-administrativa estatutaria entre una Administración Pública y su personal, ya se refieran al nacimiento o constitución de la relación jurídica, a su contenido [prestaciones, contraprestaciones, derechos, deberes, etc (...)], situaciones administrativas o extinción [véanse las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de marzo, 22 de noviembre y 15 de diciembre de 1989 (RJ 1898\2133, RJ 1989\7835 y RJ 1989\9135), de 14 de marzo de 1990 (RJ 1990\3370) y de 10 de mayo de 1998 (RJ 1998\5082)], o bien si sus pretensiones constituyen la exigencia de responsabilidad de la Administración por daños y perjuicios generados en su relación con los particulares.

Ya este Consejo, desde su Dictamen 31/2001, ha venido señalando, y así se reitera en el Dictamen 245/2014 cuyo objeto se asimila al actual, con cita de diversos dictámenes del Consejo de Estado, que es a las Administraciones Públicas a las que se refieren explícitamente la Constitución (*cf.* art. 106.2) y la Ley 30/1992 (*cf.* 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 estos. 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).

Cuando existe una relación funcionarial entre el reclamante y la Administración, hay que aplicar las disposiciones específicas que regulan esa relación por lo que no cabe subsumir cualquier reclamación económica en la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos [Dictámenes 51.051, de 29 de septiembre de 1988, marginal 184 de la Recopilación de Doctrina Legal (1988); 53.992, de 14 de noviembre de 1989,

marginal 124 de la Recopilación de Doctrina Legal (1989); Dictamen 54.613, de 8 de junio de 1990, marginal 171 de la Recopilación de Doctrina Legal (1990)].

Pues bien, en el presente caso, la reclamación del interesado proviene de la preterición en su llamamiento en una lista de reserva para ser contratado, contratando en su lugar, a (...), por haber sido llamada para ocupar un puesto que, por orden de puntuación, no le correspondía a ella sino al reclamante.

De ello deriva, precisamente, la reclamación del interesado por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración y no por la vía de la relación estatutaria con la Administración. Y ello porque la posición de los que se hallan en listas de reserva para ocupar puestos de trabajo en la Administración Pública no deja de suponer una posición de meras expectativas de llegar a ostentar una relación estatutaria con aquella, que solo se consolida como tal derecho cuando se produce el llamamiento.

En este caso, el hecho por el que se reclama es no haberse consolidado la expectativa del derecho del reclamante, y es, precisamente el no haber ostentado relación estatutaria con la Administración, debiendo haberla ostentado, según alega el interesado, por lo que se solicita indemnización.

### III

Constan las siguientes actuaciones:

- Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1569, de 5 de junio de 2019, se admite la reclamación presentada.
- El 10 de junio de 2019 se emite informe del servicio por la Concejalía de Recursos Humanos, acompañando correos electrónicos de fechas 5 de febrero y 8 de febrero de 2019, dirigidos al Ayuntamiento de Santa María de Guía.
- En aquella misma fecha se presenta escrito exponiendo una serie de manifestaciones por el interesado.
- El 15 de junio de 2020 se notifica al interesado la apertura de trámite de audiencia, constando la presentación de escrito de alegaciones en la misma fecha.
- El 19 de junio de 2020 se dicta Propuesta de Resolución, que es remitida a este Consejo para la emisión del preceptivo dictamen.

## IV

1. Ha de advertirse, ante todo, que este Consejo Consultivo no puede entrar a conocer del fondo del asunto en el presente expediente, toda vez que, a pesar de que el presente expediente ha seguido la tramitación prevista para la responsabilidad patrimonial, puede extraerse del escrito de reclamación del interesado que éste solicita no sólo la reparación de los presuntos daños, tanto económicos como morales, ocasionados por la preterición en el llamamiento realizado para la cobertura del puesto de auxiliar para ayuda a personas dependientes, que no le fue asignado al reclamante, quien ostentaba preferencia en el puesto, por haber obtenido mayor puntuación en la lista de reserva, a quien fue llamada para el mismo; sino que solicita previamente la declaración de nulidad del llamamiento a la trabajadora contratada y el reconocimiento a su propio llamamiento y en su consecuencia a ser contratado, así como que se retiren los informes obrantes en el expediente contrarios a ello y en virtud de los cuales se llamó a la siguiente persona de la lista de reserva con menor puntuación a la suya.

No obstante, pese a la específica solicitud del interesado, no se ha tramitado el procedimiento adecuado, cual es, la previa revisión de oficio [en virtud del art. 106.1 LPACAP en relación con el art. 47.1.f) de la misma: haber obtenido un derecho o facultad careciendo de los requisitos esenciales para ello], vía que determinaría, en su caso, la nulidad del llamamiento efectuado a tercera persona pretiriendo al reclamante, sin perjuicio de que no se haya calificado o identificado como tal la pretensión por éste (solicita la anulación del llamamiento y ser contratado él) y, eventualmente, con posterioridad, si procediera, se dilucidara la responsabilidad patrimonial derivada de ello, lo que no se justifica en la Propuesta de Resolución.

En tal sentido, ya señalábamos en un supuesto similar, en el que sí se declaró la nulidad tras revisión de oficio y, posteriormente, se dilucidó la responsabilidad patrimonial (Dictamen 271/2014, de 22 de julio de 2014):

*«En segundo lugar, sobre la pretensión del interesado para que se le indemnice por los daños materiales y morales que le ha generado la actuación contraria a Derecho de la Administración, en la cantidad que corresponda, se ha de tener en cuenta que en la PR se afirma que se deberá sustanciar un procedimiento individualizado de responsabilidad patrimonial con el fin de evaluar los posibles daños. Ello es conforme no sólo a lo dispuesto en el art. 102.4 LRJAP-PAC, sino con la interpretación que del mismo mantiene el Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 2 de febrero de 2012, donde se afirma:*

*“(...) la Sala de instancia señala que el procedimiento de revisión de oficio «impone que se determinen las indemnizaciones respecto de los interesados a los que pueda afectar la nulidad declarada» (fundamento tercero de la sentencia), dando con ello a entender, aunque no se afirma en la sentencia, que con la vía elegida por la Administración acaso se pretende eludir esta obligación indemnizatoria.*

*Frente a ello debe notarse que lo que dispone el artículo 102.4 de la Ley 30/1992 es que las Administraciones que declaren la nulidad de una disposición o acto (...) podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley (...). Por tanto, en el procedimiento de revisión de oficio la fijación de indemnizaciones no es preceptiva ni automática.*

*Además, en la vía alternativa acogida por la Administración autonómica, nada impide que si de la nueva ordenación o por cualquier otra circunstancia surgen supuestos indemnizatorios, éstos puedan establecerse o exigirse a través de los procedimientos previstos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.*

*En el mismo sentido se ha manifestado este Consejo Consultivo. Así en el Dictamen 578/2012, se señala:*

*“(...) puesto que para decidir sobre la nulidad de un acto por el procedimiento de revisión de oficio sólo se ha de examinar si concurre alguna de las causas de nulidad tipificadas en el art. 62.1 LRJAP-PAC. La eventualidad de que su revisión produzca un enriquecimiento injusto no la contempla la LRJAP-PAC como un impedimento al ejercicio de la potestad revisora, como resulta de su art. 102.4. Los hipotéticos perjuicios que causare la declaración de nulidad del acto pueden ser establecidos y resarcidos por el propio acto revisor o por el procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de la Administración, como resulta de los arts. 102.4 y 142.4 LRJAP-PAC”».*

El interesado solicita, en concepto de responsabilidad patrimonial una indemnización de 6.000 euros por daños morales, más los daños económicos que correspondan al salario dejado de percibir por la contratación a la que no fue llamado y el valor de las cotizaciones a la Seguridad Social.

Por todo ello, entendemos que se ha producido una inadecuación del procedimiento por parte de la Administración, debiendo tramitarse por la vía de la revisión de oficio y, conforme al art. 106.4 LPACAP declarar, en su caso, la procedencia o no de responsabilidad patrimonial tras, previamente, dilucidar si procede declarar la nulidad del llamamiento de (...) tras haberse excluido, en virtud de informes obrantes en el expediente, a (...), con mayor puntuación en la lista de reserva.



2. Por todo lo expuesto, entendemos que, sin perjuicio de la denominación de la pretensión que el interesado haya utilizado en su escrito, su pretensión viene constituida por la declaración de nulidad del llamamiento realizado en detrimento suyo y, consecuentemente, que se le nombre a él y se le indemnice por los conceptos que señala en su escrito. Por ello, en virtud del principio «*da mihi factum, dabo tibi ius*» [analizado en numerosas sentencias, por todas, STS de 29-1-2019 (RC 4957/2016)], con independencia de la calificación del escrito de iniciación del interesado, se ha tramitado el procedimiento inadecuadamente, no siendo la vía de la responsabilidad patrimonial la adecuada, sino la previa revisión de oficio, por lo que deberá decretarse el archivo de las actuaciones realizadas y proceder a la tramitación previa de la revisión de oficio en los términos instados por el reclamante.

Por tanto, la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, no procediendo entrar en el fondo del asunto.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no se considera conforme a derecho, pues el procedimiento no es acorde con la pretensión del interesado, en los términos señalados en el Fundamento IV del presente Dictamen.