



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 1 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de febrero de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tías en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados en materia de personal (EXP. 22/2021 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Tías de 19 de enero de 2021, con registro de entrada en el Consejo Consultivo el 20 de enero de 2021, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por (...), derivado de la declaración de nulidad de la amortización de la plaza de aparejador y la consecuente no readmisión del funcionario para la ocupación de dicha plaza entre el 5 de diciembre de 2011 y el 18 de marzo de 2019.

La amortización de la citada plaza fue declarada nula mediante sentencia de 23 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria en el Procedimiento Abreviado n.º 419/2015, confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de octubre de 2018.

2. El interesado cuantifica la indemnización que solicita en 156.781,32 euros, lo que determinaría, sin perjuicio de lo que se manifestará en el Fundamento IV, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo según 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 el primer

* Ponente: Sra. de León Marrero.

precepto citado, con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. En el caso que nos ocupa, resultan de aplicación, aparte de la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigentes al iniciarse el expediente de responsabilidad patrimonial, la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria y el Reglamento General de Ingreso de personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que eran las normas sustantivas vigentes al tiempo de dictarse el acto anulado (Decreto de la Alcaldía Presidencia de 9 de junio de 2010).

4. El reclamante está legitimado activamente porque pretende el resarcimiento de los perjuicios que sufrió a consecuencia del retraso en la readmisión en su plaza de funcionario. El Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la causación del daño a una deficiente gestión en materia de personal.

II

Son antecedentes del presente expediente de responsabilidad patrimonial los siguientes:

a) El afectado fue nombrado funcionario de carrera como Arquitecto Técnico municipal el 3 de mayo de 1983, tomando posesión el 19 de mayo de 1983.

b) El 27 de agosto de 1986, el interesado solicitó licencia por asuntos propios desde el 1 de octubre de 1986 hasta el 31 de marzo de 1987, siendo otorgada mediante Decreto de la Alcaldía el 28 de agosto de 1986, en el que se le indicó que de no reincorporarse en dicho plazo pasaría a la situación de excedencia voluntaria.

c) El 27 de marzo de 1987, el interesado solicitó excedencia voluntaria por interés particular por un plazo de dos años, siéndole concedida mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento el 31 de marzo de 1987.

d) El 15 de junio de 1995, el interesado solicitó al Ayuntamiento la reincorporación al servicio activo en su plaza de Arquitecto Técnico municipal. Sin embargo, mediante Decreto de Alcaldía de fecha 23 de junio de 1995, fue desestimada dicha petición al no encontrarse vacante la plaza adscrita a la Oficina

Técnica municipal. Dicho Decreto le fue notificado el 26 de junio de 1995, sin que conste la impugnación del mismo.

e) El reclamante, el 3 de junio de 2010, presentó escrito en el Ayuntamiento en el que alegó que no se había publicado el reglamento que regulara los plazos, procedimientos y condiciones para el reingreso al servicio activo, basándose en el art. 91 EBEP y solicitando, en suma, que se le reingresara al servicio activo.

f) El 8 de junio de 2010 se emitió informe técnico sobre la solicitud anterior, en el que, entre otras cuestiones, se señaló: *«Considerando que, según el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, art. 104.c), art. 89 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 16 punto 3 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, artículo 39 punto 5, Reglamento de Funcionarios del Ayuntamiento de Tías, arts. 3 y 4, establece que no se podrá permanecer en excedencia voluntaria por interés particular menos de dos años continuados, ni más del número de años equivalente a los que el personal funcionario acredite haber prestado en cualquiera de las Administraciones Públicas, con un máximo de quince y que la falta de petición de reingreso al servicio activo dentro del periodo de la duración de la excedencia voluntaria por interés particular comportará la pérdida de la condición de funcionario.*

Que en la actualidad la plaza de Arquitecto Técnico en régimen de funcionario de carrera que este funcionario ocupaba está amortizada.

Que según lo arriba expuesto, este trabajador ha perdido la condición de funcionario por no haber presentado en el momento de agotar la situación de excedencia voluntaria por interés particular solicitud de reincorporación, sino 6 años más tarde, y haber permanecido en esta situación más del número de años equivalentes a los trabajados en la Administración Pública, y además por estar amortizada dicha plaza».

El 9 de junio de 2010, se emitió el Decreto de Alcaldía denegando la reincorporación al puesto de trabajo del interesado, debidamente notificado el 17 de junio de 2010 y sin que conste que el mismo fuera impugnado. En el citado Decreto se fundamentaba la pérdida de la condición de funcionario del interesado, según lo expuesto en el informe anterior.

g) El 1 de diciembre de 2010, el afectado alegó mediante escrito, que tenía conocimiento fehaciente de que en la plantilla de personal funcionario aprobada

junto a los Presupuestos de 2004 quedó vacante una plaza de Aparejador, sin que constara que tal plaza hubiera sido amortizada en ejercicios posteriores y que al haber omitido el Ayuntamiento el requisito de notificación de la vacante y no haberse producido el acto administrativo de amortización de la plaza existía un defecto formal y material, por lo que solicitaba que se incluyera la plaza de Aparejador o Arquitecto Técnico en la plantilla de personal funcionario de carrera a aprobar conjuntamente con los Presupuestos de esa Corporación en el ejercicio económico de 2011, y que se le ofreciera dicha plaza al interesado.

h) El 7 de febrero de 2011, presentó nuevo escrito por el que procedía a la impugnación de la aprobación de los Presupuestos de Gastos para el año 2011 por carecer de la preceptiva y legal plantilla de personal funcionario de 2011, o bien la expresa aprobación de la misma conforme a la solicitud que realizó el 1 de diciembre de 2010. El 11 de febrero siguiente, se le reitera el Decreto del Alcalde de 9 de junio de 2010, sobre la denegación de la reincorporación a su puesto de trabajo al haber perdido la condición de funcionario.

i) El 5 de diciembre de 2011, solicitó la declaración de nulidad del acto administrativo que declaró amortizada la plaza referida en el año 2005, ya que ésta podría haber sido ocupada por el afectado entre el período desde que solicitó la reincorporación hasta el 1 de enero de 2004, fecha última en la que estuvo vacante; la nulidad contra el acto de no readmisión para la ocupación del citado puesto de trabajo al haber estado vacante en el año 2004, sin que le fuera notificado dicho dato, estando pendiente desde el año 1995 y la nulidad del Decreto de Alcaldía de 9 de junio de 2010, pues éste se fundamenta, entre otras normas, en el Reglamento del Ayuntamiento de Tías que es inferior en jerarquía a las leyes que le conceden 10 años para estar en excedencia voluntaria, estando por tanto dentro de plazo su solicitud de reingreso al servicio funcional.

j) Mediante oficio de 17 de febrero de 2012, notificado el 24 siguiente, se inadmitió a trámite la solicitud de revisión de oficio, basándose el Ayuntamiento en el informe técnico emitido el 23 de enero de 2012, mediante el que se indicó que no se apreciaban causas de nulidad del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

k) El afectado interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Tías ante el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2, de Las Palmas de Gran Canaria el 26 de abril de 2012, mediante el que solicitó el reingreso al servicio activo con efectos

económicos y administrativos a contar desde el día 1 de enero de 2004, la nulidad de los actos antedichos y de la Resolución de inadmisión a trámite y consecuente desestimación de la solicitud de declaración de nulidad por el procedimiento de revisión de oficio.

l) El 7 marzo de 2013, por el Juzgado se dicta Sentencia estimando la procedencia de iniciar el procedimiento de revisión de oficio y se condena al Ayuntamiento de Tías a dar una respuesta expresa a la petición de revisión del acto impugnado, previos los trámites que sean procedentes y sin dejar caducar el procedimiento que se inicie.

Dicha sentencia fue confirmada por Sentencia de 27 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC).

m) Con fecha de 24 de marzo de 2014, por el Ayuntamiento se emite informe-propuesta sobre la solicitud de revisión de oficio, entrando en el fondo y argumentando las razones por las que procedería la desestimación de la citada revisión de oficio.

n) El 31 de marzo de 2014, se adoptó Acuerdo por el Pleno de la Corporación Local mediante el que se da inicio al procedimiento de revisión de oficio, que fue notificado oportunamente al interesado.

ñ) El 11 de abril de 2014 se notificó al interesado el trámite de vista y audiencia del expediente. En cumplimiento de dicho trámite, el interesado presentó escrito de alegaciones con fecha 28 de abril de 2014, proponiendo, igualmente, determinada prueba documental.

o) El Dictamen del Consejo Consultivo 343/2014, de 30 de septiembre, dictaminó desfavorablemente la propuesta de resolución del expediente de revisión de oficio, considerando que el interesado nunca perdió la condición de funcionario de carrera y que el Ayuntamiento tenía que haberlo readmitido desde su solicitud de reincorporación en 1999, fecha en la que el puesto estaba vacante o incorporarlo a una plaza en adscripción provisional.

p) Por sentencia de 23 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria en el Procedimiento Abreviado n.º 419/2015, confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de octubre de

2018, se declara la nulidad de la amortización de la plaza de aparejador que el solicitante podría haber ocupado en el Ayuntamiento de Tías, la nulidad del acto de no readmisión para la ocupación de la plaza y la nulidad del Decreto de la Alcaldía- Presidencia de 9 de junio de 2010.

III

Los principales trámites del expediente de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. Por (...), se presenta reclamación solicitando una indemnización de 156.781,32 euros, comprensiva de los salarios dejados de percibir durante el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 2011 (fecha de solicitud de la revisión de oficio) y el 18 de marzo de 2019 (fecha en la que, efectivamente, ocupó su puesto de trabajo en el Ayuntamiento), derivado del perjuicio de la privación de su condición de funcionario de carrera por resolución administrativa que fue posteriormente declarada nula por sentencia judicial.

2. Se practicaron las correspondientes pruebas y se recabó informe de Recursos Humanos.

3. El 27 de marzo de 2020, el Ayuntamiento facilita al reclamante una relación de los documentos obrantes en su expediente y le comunica la apertura de trámite de audiencia durante un plazo de diez días.

4. Transcurrido el plazo de diez días, el perjudicado no formula alegaciones.

5. Mediante Decreto de fecha 16/09/2020, se nombra instructor del expediente a (...), en sustitución de (...) por jubilación de esta última.

6. La propuesta de resolución, de 18 de enero de 2021, desestima la solicitud presentada por (...), no reconociéndose su derecho a recibir indemnización como consecuencia de los perjuicios derivados de la anulación en sede judicial del Decreto de Alcaldía de 9 de junio de 2010, al considerar que la actuación administrativa se encuentra dentro de los márgenes de tolerancia exigibles a cualquier Administración y, por tanto, no considerar probada la antijuridicidad del daño.

IV

Con carácter previo, debemos plantearnos 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.

Cuando existe una relación funcional 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.

En el presente caso, a pesar de haberse instruido el procedimiento, este Consejo no puede entrar a conocer el fondo del asunto porque le es aplicable lo ya manifestado, entre otros muchos, en nuestros Dictámenes 111/2019 de 28 de marzo y 513/2018, de 15 de noviembre, emitidos en relación con reclamaciones de responsabilidad patrimonial que, como la que se analiza, se basaban en supuestos daños padecidos por un empleado público en su ámbito funcional, siendo evidente que en este caso el reclamante, que tiene tal condición, reclama unos daños padecidos en dicho ámbito, razón por la que puede solicitar que su Administración le indemnice por la vía procedente, pero no reclamar contra el Ayuntamiento a través del procedimiento de responsabilidad extracontractual.

Efectivamente, este Consejo Consultivo, desde su Dictamen 31/2001 y en sucesivos pronunciamientos en este tipo de supuestos, ha venido manteniendo que, a los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por daños y perjuicios que genere en el ámbito de su actuar administrativo, han de diferenciarse los supuestos en que aquéllos afecten a particulares de los que interesan a funcionarios públicos, causados a estos últimos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de las funciones que les son propias; es decir, daños que sólo pueden sufrir en virtud de su consideración como tales funcionarios y en el ámbito propio y exclusivo de su relación estatutaria.

Así, en los Dictámenes emitidos por este Consejo Consultivo en tales supuestos (DDCC 177/2006, 485/2007 y 204/2009, entre otros), se afirmaba que *«desde luego, es a los primeros (los particulares) a los que se refiere explícitamente la Constitución (cfr. artículo 106.2) y la LRJAP-PAC (cfr. artículo 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 éstos. 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, no siendo equiparables a los funcionarios ni siquiera los que se relacionan contractualmente con la Administración, pues su relación con ella no es de servicios y, por ende, es contractual la responsabilidad que sea exigible entre ambas partes del contrato».*

Sin embargo, ello no implica que la Administración carezca del deber de resarcir las lesiones que sufran sus funcionarios al realizar o cumplir sus deberes funcionariales. En este sentido, procede reproducir lo manifestado en nuestro Dictamen 111/2019 de 28 de marzo, con cita del Dictamen 513/2018 de 15 de noviembre:

«La doctrina del Consejo Consultivo de Canarias, plenamente consolidada (DDCC 177/2006, 485/2007 y 204/2009, entre otros), se fundamenta en que “los primeros (los particulares) a los que se refiere explícitamente la Constitución (cfr. artículo 106.2) y la LRJAP-PAC (cfr. artículo 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. 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, no siendo equiparables a los funcionarios ni siquiera los que se relacionan contractualmente con la Administración, pues su relación con ella no es de servicios y, por ende, es contractual la responsabilidad que sea exigible entre ambas partes del contrato (...) . Sin embargo, ello no implica que la Administración carezca del deber de resarcir las lesiones que sufran sus funcionarios al realizar o cumplir sus deberes funcionariales, estando previsto específicamente en la normativa sobre Función Pública (cfr. art. 23.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que continúa en vigor hasta que se den las condiciones previstas en la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, siendo actualmente de aplicación, en el mismo sentido el art. 14.d) de la misma y el 82.4 de la Ley autonómica 2/1987, de la Función Pública Canaria), de manera que parece clara su exclusión del régimen general de responsabilidad patrimonial o, si se prefiere, del que afecta a los particulares.

(...) Como ya ha señalado este Consejo Consultivo, si el derecho de los funcionarios a ser indemnizados por el funcionamiento administrativo no se corresponde con la responsabilidad patrimonial general de la Administración frente a los particulares, sino con el deber específico de ésta de reparar los daños que aquél cause a su propio personal, el procedimiento a seguir para tramitar la reclamación de indemnización en que se materializa el ejercicio de tal derecho no debe ser el que a partir de la regulación de la Ley 30/1992 en esta materia, con habilitación concreta en el art. 142.3 de la misma, es desarrollado por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Al respecto, procede 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 aquellos 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 Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

En resumidas cuentas, no siendo el procedimiento a seguir el del Reglamento ya citado, que desarrolla exclusivamente los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, 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 Ley 30/1992, que no establece como preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo”.

2. No es contradictorio con lo anterior, como también hemos señalado, que el Consejo de Estado ha venido sosteniendo en varios dictámenes, la procedencia de la tramitación de tal procedimiento en distintos supuestos planteados por funcionarios públicos. A este respecto, se ha mantenido desde nuestro Dictamen 53/2015, que cuando existe una relación funcional entre el reclamante y la Administración hay que aplicar las disposiciones específicas que regulan esa relación, sin que se pueda subsumir cualquier reclamación económica en la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos (Dictámenes del Consejo de Estado 51.051, de 29 de septiembre de 1988, de 14 de noviembre de 1989 y 54.613, de 8 de junio de 1990); porque es sólo a los particulares a quienes se refieren explícitamente los arts. 106.2 de la Constitución y 139.1 LRJAP-PAC (actualmente, art. 32 LPACAP), 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 éstos. Existe una radical diferencia jurídica entre particulares y funcionarios desde la perspectiva de su relación con la Administración, caracterizándose los segundos por estar insertos en una

organización con la que guardan una relación de servicio o de especial sujeción frente a la generalidad de los particulares, los cuales son extraños a la organización administrativa (posición mantenida por este Consejo en el Dictamen 11/2006, de 11 de enero y en los que en él se citan).

Por esta razón, el Consejo de Estado afirma, con base en los entonces vigentes arts. 139.1 y 142.3 LRJAP-PAC, que las reclamaciones formuladas en el ámbito de una relación estatutaria no deben ser tramitadas por el procedimiento previsto en este último precepto y regulado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de lo que se sigue necesariamente, que no procede recabar su dictamen ni, por ende, su emisión en caso de que se haya solicitado. Lo relevante a estos efectos, como hemos manifestado en todas las ocasiones en los que nos hemos encontrado con expedientes de este tipo (reclamaciones de empleados públicos) es que el procedimiento de responsabilidad patrimonial está dirigido a resarcir los daños que el funcionamiento de los servicios públicos cause a los particulares, condición que no ostenta el personal al servicio de la Administración, que, insistimos, mantiene una relación de especial sujeción frente a la generalidad de los particulares.

Es igualmente importante destacar -a efectos de distinguir ambos tipos de procedimientos- que la responsabilidad que se dilucida en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial es de carácter extracontractual, mientras que la responsabilidad que reclaman los funcionarios y empleados públicos es distinta, pues se enmarca dentro de la citada relación de especial sujeción que une a estos con la Administración (...) ».

En definitiva, en aplicación de la doctrina de este Consejo, profusamente expuesta, examinado el asunto planteado, consistente en la relación entre un funcionario y la Administración en la que presta sus funciones, se ha de concluir que no se ha seguido en el presente caso el procedimiento adecuado. Consecuentemente, no es preceptivo el dictamen de este Consejo, lo que nos impide, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto.

C O N C L U S I Ó N

En el presente caso no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, por lo que no procede entrar a conocer y pronunciarse sobre el fondo del asunto.