

Dictamen nº: **265/16**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **30.06.16**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 30 de junio de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. M.E.P.A. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del retraso en su reincorporación a su puesto como personal estatutario fijo en la categoría de auxiliar administrativo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 8 de mayo de 2014, la reclamante presentó en el registro de la Consejería de Sanidad un escrito solicitando la responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud

Argumentaba en su escrito que el 9 de enero de 2008 tomó posesión de una plaza como personal estatutario fijo en la categoría de auxiliar administrativo en el equipo de Atención Primaria de Ciudad de los Periodistas II.

Añade que el 18 de enero de 2008 tomó posesión (sic) de la citada plaza y que en esa misma fecha solicitó la excedencia por estar prestando servicios en otro organismo público, en concreto una plaza de técnico de gestión de forma interina en la Consejería de Empleo y Mujer desde el 24 de mayo de 2004.

El 23 de septiembre de 2008 cesó en ese puesto por lo que solicitó el reingreso como auxiliar el 20 de octubre de 2008. Por resolución de 14 de abril de 2009 notificada el 7 de mayo reingresó al servicio activo con carácter provisional en el Área 5 de Atención Primaria.

El 19 de mayo de 2009 vuelve a solicitar la excedencia por prestar servicios como interino en la plaza de técnico desde el 15 de abril, concediéndose la excedencia el 19 de mayo.

Volvió a cesar en la plaza de técnico el 11 de diciembre de 2012 por lo que solicitó los días 20 y 21 el reingreso como auxiliar administrativo.

El 21 de marzo de 2013 presentó un escrito con una prelación de puestos y centros a reingresar y el 10 de mayo, al no recibir contestación, solicitó información sobre los puestos vacantes.

El 24 de mayo de 2013 presentó un recurso de alzada que fue ampliado el 5 de septiembre al tener conocimiento de la existencia de 343 plazas vacantes por la Resolución de 3 de junio de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se dictan instrucciones para el proceso de reordenación del personal no sanitario fijo de la Gerencia de Atención Primaria.

Con cita del artículo 69 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y la disposición adicional 6<sup>a</sup> del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero que considera vigente con carácter reglamentario así como cierta

jurisprudencia entiende que debió adscribirsele a un puesto que estuviera vacante.

Ante esa situación relata que interpuso recurso contencioso que se tramita ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de Madrid.

Finalmente tomó posesión de una plaza de auxiliar administrativo el 1 de abril de 2014.

Considera que ha existido una dilación injustificada en la tramitación de la solicitud de reingreso sin respetarse los plazos establecidos en la Resolución de 10 de febrero de 2006 de la Dirección General de Recursos Humanos que es “*una disposición administrativa de rango superior*”.

Entiende que debió reingresar el 24 de mayo de 2013 por lo que reclama 11.087,80 euros por el año 2013 y 4.842,96 por el año 2014. En total 15.930,76.

Adjunta a la reclamación determinada documentación y solicita que como prueba la Administración aporte el listado de plazas vacantes estatutarias.

**SEGUNDO.-** A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

El 19 de octubre de 2015 emite informe la subdirectora general de relaciones laborales y actuaciones jurídicas de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud.

En el informe se precisan en primer lugar una serie de hechos como es el que, ante la solicitud de reingreso de la reclamante, se solicitó informe a la Gerencia de Atención Primaria que contestó que no se consideraba procedente el reingreso al estar pendiente un proceso de reordenación de efectivos como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto 52/2010, de 29 de julio.

Entre marzo y junio de 2013 se solicitó información a diversas gerencias de atención especializada sobre la posibilidad de reingreso de la reclamante en alguna de ellas, las cuales se pronunciaron en sentido negativo.

Entre tanto se publicó el 3 de junio de 2013 la Resolución por la que se dictan instrucciones para el proceso de reordenación del personal sanitario no fijo de tal forma que una vez acabado dicho proceso se procedió a solicitar un nuevo informe a la Gerencia de Atención Primaria que ofertó una serie de plazas vacantes, poniéndolas en conocimiento de la reclamante que eligió una de ellas y tomó posesión de la misma el 1 de abril de 2014.

Considera, partiendo de la normativa aplicable, que el sistema de reincorporación de personal sin reserva de puesto es, a priori, la participación en concursos de movilidad y, de no existir estos, se podrá producir el reingreso con carácter provisional si hay vacante en la misma área de salud en la que fue concedida la excedencia. Si tampoco existen vacantes en dicha área podrá pedir el reingreso en cualquier otra.

Por ello entiende que no existe un derecho automático al reingreso sino que está vinculado a la valoración de las vacantes y las necesidades asistenciales del servicio público.

Es por ello que considera que no existe un perjuicio económico puesto que la demora en el reingreso estaría justificada, entendiendo, además que no consta acreditado el daño alegado.

Con fecha 1 de diciembre de 2015 se concede trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito de alegaciones el 18 de diciembre en el que se ratifica en su reclamación y que se ha fijado la vista del procedimiento abreviado pendiente ante el Juzgado de lo Contencioso nº 34 para el día 23 de febrero de 2016.

**TERCERO.-** El consejero de Sanidad, formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 13 de mayo de 2016, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 30 de junio de 2016.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f.a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA)

**SEGUNDA.-** La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto el retraso en su reincorporación le ha ocasionado perjuicios económicos.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto la reclamante es personal estatutario de la misma.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe del servicio al que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este caso puesto que el reingreso se produjo finalmente 1 de abril de 2014 la reclamación, interpuesta el 8 de mayo de 2014, está dentro del plazo legal.

**TERCERA.-** Debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de

los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia que:

*“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

**CUARTA.-** En este caso la reclamante considera que, encontrándose en situación de excedencia voluntaria y habiendo ejercitado el 20 de diciembre de 2012 su derecho de reingreso al servicio activo al amparo del artículo 69 del Estatuto Marco del Personal Estatutario, su

incorporación efectiva el 28 de febrero de 2014 supone una dilación injustificada que le ha ocasionado un daño económico derivado de la falta de percepción de las retribuciones a las que hubiera tenido derecho si se hubiera producido su ingreso en un plazo razonable.

Tal y como se ha expuesto la legislación reguladora del personal estatutario contempla como un derecho el reingreso del personal que hallándose en situación de excedencia solicite tal reingreso siempre que existan plazas vacantes. En este sentido la reclamante solicitó el reingreso el 10 de diciembre sin recibir contestación alguna lo que motivó un recurso de alzada que tampoco fue contestado por lo que interpuso recurso contencioso, ofreciéndole el SERMAS finalmente una plaza de la que tomó posesión el 1 de abril de 2014.

Es cierto que no existe un plazo específico que la Administración deba cumplir la solicitud de reingreso pero no parece razonable una tardanza de quince meses, máxime cuando parece que, en efecto había plazas libres, afirmación de la recurrente que la Administración no niega sin que haya cumplido la petición de prueba que a estos efectos solicitó la reclamante por lo que en virtud del principio de facilidad probatoria ha de tenerse por acreditado ese hecho.

La Administración afirma en su informe que realizó diversas gestiones para localizar una plaza a la reclamante que resultaron infructuosas, pero no explica por qué. Alude también a un proceso interno de reordenación de efectivos pero luego ofrece a la reclamante una plaza al margen de ese proceso.

Todo ello hace que pueda considerarse que la inactividad de la Administración haya originado a la reclamante un daño que no tiene obligación de soportar.

Este es igualmente el criterio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 2015 (recurso 321/2014) en el

supuesto de un médico del SERMAS que solicitó el reingreso en octubre de 2009 sin que el SERMAS resolviese su solicitud sino que, por el contrario, desestimó el recurso de alzada siendo posteriormente estimado el recurso contencioso por un juzgado de lo contencioso de tal forma que fue readmitido en ejecución de sentencia en agosto de 2011, siendo confirmada la sentencia de instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Como se puede comprobar la secuencia es similar si bien en este caso el reingreso tuvo lugar a los veintidós meses y en ejecución de sentencia. En el caso que nos ocupa tuvo lugar de oficio a los quince meses tras la interposición de un recurso contencioso y sin que conste en el expediente de forma fehaciente que la Administración realizó actuación alguna para ofrecer una plaza a la reclamante.

Por ello, ese plazo de quince meses que excede lo que debe ser una duración normal de un procedimiento de reingreso, la ausencia de contestación alguna a los escritos presentados por la reclamante incluido un recurso de alzada determinan que ha existido un funcionamiento anormal de la Administración, tal y como recoge la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**QUINTA.-** Procede por ello valorar el daño ocasionado. El informe del Servicio considera que el daño no se ha acreditado aun cuando afirma que “*efectivamente existen unas retribuciones que ha dejado de ingresar la recurrente*” y cita una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1998 que considera no aplicable la responsabilidad patrimonial al suponer la relación estatutaria un contrato de trabajo. Puesto que tras el Estatuto Marco el carácter funcional del personal estatutario no ofrece ninguna duda no resulta de aplicación la mencionada sentencia.

La reclamación solicita el abono de los salarios desde 24 de mayo de 2013 (fecha en que considera debió producirse el reingreso) hasta el 31 de marzo de 2014, puesto que se reincorporó el 1 de abril.

Aplicando unos conceptos retributivos que no han sido contradichos por la Administración reclama 11.087,80 euros por el año 2013 y 4.842,96 por el año 2014.

La citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que en cuanto a ello que al no haberse trabajado basta con reconocer un 50% de las retribuciones. Frente a ello esta Comisión con base en el principio de indemnidad y teniendo en cuenta nuestro Dictamen 232/16, de 23 de junio entiende que procede reconocer la totalidad de las retribuciones.

Ahora bien, tal indemnización resulta procedente siempre y cuando las retribuciones utilizadas por la reclamante sean netas sin comprender las cotizaciones al sistema de Seguridad Social que no son resarcibles como destaca la mencionada sentencia. En otro caso la Administración debería descontar tales cotizaciones.

Igualmente ha de requerirse a la reclamante para que manifieste si ha percibido en el tiempo en el que estuvo pendiente de reingreso alguna prestación por desempleo, en cuyo caso deberá igualmente descontarse las cantidades percibidas en tal concepto para evitar un enriquecimiento injusto.

La cantidad a abonar debe ser actualizada conforme el artículo 141.2 LRJ-PAC.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada reconociendo una indemnización de 15.930,76 euros o la que proceda si han de deducirse las cotizaciones a la Seguridad Social y las prestaciones por desempleo percibidas, cantidad que deberá actualizarse conforme el artículo 141.3 LRJ-PAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 30 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 265/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid