



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de mayo de 2014, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de mayo de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la inadecuada baremación de los servicios prestados en promoción interna temporal en el concurso de traslados convocado por la Orden SAN/1077/2008, de 18 de junio, posteriormente anulada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de mayo de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 193/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 19 de enero de 2007 Dña. xxxx toma posesión como Técnico Especialista en Laboratorio en el Hospital hhhh de xxxx1. En esa misma



fecha pasa a ocupar en comisión de servicio una plaza de Técnico Especialista en Laboratorio en el Complejo Asistencial de xxxx2.

Por Orden SAN/1077/2008, de 18 de junio, se convoca concurso de traslados para la provisión de plazas vacantes de personal estatutario de las categorías siguientes: Auxiliar de Enfermería, Higienista Dental, Técnico Especialista en Anatomía Patológica, Técnico Especialista en Laboratorio, Técnico Especialista en Radiodiagnóstico y Técnico Especialista en Radioterapia, de la Gerencia Regional de Salud. En dicho concurso participa Dña. xxxx. Por Orden SAN/1444/2009, de 3 de julio, se resuelve definitivamente el concurso, sin que la interesada resulte adjudicataria.

Tras la resolución del concurso, la interesada cesa el 15 de noviembre de 2009 en la comisión de servicio y se reincorpora el 16 de noviembre de 2009 a su plaza de Técnico Especialista en Laboratorio en el Complejo Asistencial de xxxx1.

El 1 de mayo de 2011 se le concede una nueva comisión de servicio como Técnico Especialista en Laboratorio en el Complejo Asistencial de xxxx2.

El 4 de julio de 2011 se publica en el Boletín Oficial de Castilla y León (BOCyL) el fallo de la Sentencia 151/2010, de 30 de abril de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid, dictada en el Procedimiento Abreviado 659/2008, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (de Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Sentencia de 3 de marzo de 2011, dictada en el Recurso de Apelación nº 542/2010. El 20 de octubre de 2011 se publica en el BOCyL el fallo de la Sentencia 94/2011, de 3 de marzo de 2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valladolid dictada en el Procedimiento Abreviado número 557/2009. Consta asimismo la publicación en el BOCyL del fallo de la Sentencia 29/2011, de 20 de enero de 2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid (BOCyL de 27 de febrero de 2012); del fallo de la de la Sentencia 438/2010, de 19 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid dictada en el Procedimiento Abreviado nº 15/2009, confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (de Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Sentencia de 17 de abril de 2012, dictada en el recurso de apelación nº 177/2011 (BOCyL de 31 de octubre de 2012) (procedimiento éste en el que



la reclamante fue parte); y del fallo de la Sentencia 136/2010, de 30 de marzo de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valladolid, confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (de Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Sentencia de 14 de marzo de 2011 (BOCyL de 29 de enero de 2013).

Las Sentencias citadas anulan la Orden de convocatoria "en cuanto no contemplan la valoración de los servicios prestados en promoción interna temporal por el personal estatutario fijo en las categorías convocadas por la Orden, debiendo la Administración demandada llevar a efecto las actuaciones necesarias para que estos servicios se computen en la categoría en la que efectivamente se han prestado".

El 4 de abril de 2012 se publica en el BOCyL la Orden SAN/181/2012, de 16 de marzo, por la que, en cumplimiento de las sentencias, se retrotrae el proceso de provisión al momento de valoración de méritos, "al exclusivo objeto de acreditar los servicios prestados en promoción interna temporal".

Mediante Orden SAN/1034/2012, de 26 de noviembre, se resuelve definitivamente el concurso de traslados, de acuerdo con lo establecido por las sentencias, y se adjudica a Dña. xxxx una plaza en el Complejo Asistencial de xxxx2. Dicha Orden se publica en el BOCyL el 10 de diciembre de 2012.

El 1 de febrero de 2013 la interesada toma posesión en el puesto de trabajo, cuyos efectos administrativos se retrotraen al 16 de octubre de 2009, según se prevé en la orden por la que se resuelve definitivamente el concurso.

Segundo.- El 12 de abril de 2013 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración de la Comunidad, debido a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la incorrecta valoración de los servicios prestados en promoción interna temporal, lo que motivó que no se le adjudicara una plaza en el Complejo Asistencial de xxxx2, como posteriormente le correspondió tras la anulación judicial de la convocatoria por las sentencias antes referidas. Alega que ello le ha ocasionado gastos de desplazamiento entre xxxx1 y xxxx2 y de manutención que, de haberse valorado correctamente aquel mérito, no hubiera tenido que soportar entre el 16 de noviembre de 2009 y el 31 de mayo (sic) de 2011.



Reclama una indemnización total de 12.719,79 euros. Los gastos de desplazamiento los cifra en 6.034,02 euros (237 días trabajados por 134 kilómetros diarios a 0,19 euros cada kilómetro) y las dietas en 6.685,77 euros (237 días trabajados por 28,21 euros).

Adjunta a su reclamación copia de la Sentencia de 17 de abril de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que confirma la Sentencia de 19 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid, referida en el antecedente de hecho primero (proceso en el que fue parte la reclamante), copias de la formalización de su toma de posesión el 1 de febrero de 2013 en el puesto de trabajo del Complejo Asistencial de xxxx2, y de su baja en su plaza del Complejo Asistencial de xxxx1 el 25 de enero de 2013, así como un documento en el que detalla las cuantías que reclama.

Tercero.- Obran en el expediente remitido los calendarios laborales correspondientes a los años 2009, 2010 y 2011, en los que se hace constar el trabajo efectivo realizado de la interesada en el Complejo Asistencial de xxxx1, que comprende el periodo entre el 16 de noviembre de 2009 y el 30 de abril de 2011. Tal documento se remite el 28 de octubre de 2013 por la Gerencia de Atención Especializada de xxxx1.

Cuarto.- El 21 de noviembre de 2013 la Directora Técnica de Relaciones Laborales y Personal de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud, emite un informe en el que relata el *iter* seguido en el procedimiento de concurso y expone los puestos de trabajo desempeñados por la reclamante.

Quinto.- En el trámite de audiencia la reclamante reitera la pretensión resarcitoria y aporta copia de documentos relativos a los puestos de trabajo que ha desempeñado (tomas de posesión, ceses, comisión de servicio, calendarios).

Sexto.- El 21 de enero de 2014 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, al considerar que el criterio recogido inicialmente en las bases del concurso no puede calificarse de irracional, arbitrario o injustificado y que "la decisión administrativa plasmada en las bases del concurso debe incardinarse dentro de ese margen de razonabilidad que justifican los Tribunales, de forma que las posibles consecuencias dañosas producidas carecerían de la nota de antijuridicidad".



Séptimo.- El 21 de abril de 2014 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden mencionada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por 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.

No obstante, debe ponerse de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (12 de abril de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (21 de enero de 2014). Esta circunstancia constituye un incumplimiento de los plazos previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y por tanto una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.



3ª.- Concurren en la interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Es cierto que los hechos que fundamentan la reclamación se derivan de la anulación judicial de una base del concurso (la que valoraba como mérito los servicios prestados en promoción interna temporal); pero también lo es que la anulación en este caso no genera por sí misma daño alguno a la reclamante, en cuanto la sentencia no reconoce el derecho a la plaza solicitada sino que ordena la retroacción del procedimiento para la valoración adecuada de los méritos, de cuyo resultado dependería la existencia o no de daño.

A juicio de este Consejo Consultivo, no puede considerarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción el de la fecha de la sentencia definitiva de la anulación judicial de la base del concurso, ni tampoco el de la toma de posesión de la interesada tras la resolución definitiva del concurso (1 de febrero de 2013), como se recoge en la propuesta de orden. El *dies a quo* ha de ser el de la publicación en el BOCyL de la resolución definitiva del concurso (10 de diciembre de 2012), pues solo entonces la interesada conoce que es adjudicataria de la plaza que le hubiera correspondido inicialmente de haberse valorado correctamente los méritos, por lo que es ese el momento en que se produce la efectividad del daño (hasta entonces era incierto el resultado del concurso y si se le iba a adjudicar la plaza y, por tanto, no existía daño alguno). La fecha de su toma de posesión habrá de tomarse en cuenta, en su caso, para la cuantificación del daño, si bien en este supuesto tal fecha es irrelevante ya que con anterioridad la interesada ya ocupaba, en comisión de servicio, la plaza posteriormente adjudicada.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los



casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, la reclamante solicita el resarcimiento de los gastos de desplazamiento y mantenimiento causados como consecuencia de la incorrecta valoración en el concurso de los servicios prestados en promoción interna temporal, lo que determinó que no se le adjudicara la plaza en el Complejo Asistencial de xxxx2, como posteriormente le



correspondió tras la anulación judicial de la base del concurso relativa a la valoración de dicho mérito.

En este caso, debe partirse del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece que "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización". En este sentido, el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de febrero de 2009) ha declarado que "la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos. Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, (...), FJ 2º; 5 de febrero de 1996, (casación 2034/93, FJ 2º); y 14 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 289/07, FJ 3º)".

También ha declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de junio de 2009, que "al no presuponer la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración, el derecho a indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial (artículo 142.4 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre), para resolver si existe o no ese derecho hay que examinar si concurren los requisitos que una constante y reiterada jurisprudencia concreta y del que interesa destacar el requisito de la antijuridicidad del resultado o lesión, inexistente cuando "la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada" (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2.009, recurso de casación 1887/2007, y las en ella citadas). En esos supuestos, según se expresa en la Sentencia de mención "el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (...)".

La Sentencia de 16 de febrero de 2009, citada, en esta misma línea, señala lo siguiente:

"En esta tesitura, como hemos subrayado en la (...) sentencia de 14 de julio de 2008 (FJ 4º) y en la de 22 de septiembre del mismo año



(casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º), para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa. Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º)].

»Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que



supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)”.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2011 cita su Sentencia de 23 de marzo de 2010 (recurso 2181/2008), en la que reitera la doctrina referida y concluye que los daños no eran antijurídicos, ya que la anulación de la actuación de la Administración -en ese caso un deslinde- no derivaba de una “conducta desproporcionada, errónea ni improcedente de la administración”.

Como se ha expuesto en el antecedente de hecho sexto de este dictamen, la propuesta de orden desestima la reclamación al considerar que el criterio recogido inicialmente en las bases del concurso no puede calificarse de irracional, arbitrario o injustificado y que “la decisión administrativa plasmada en las bases del concurso debe incardinarse dentro de ese margen de razonabilidad que justifican los Tribunales, de forma que las posibles consecuencias dañosas producidas carecerían de la nota de antijuridicidad”.

Este Consejo Consultivo no comparte este criterio.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en varias sentencias (algunas citadas en el antecedente de hecho primero) confirma las sentencias dictadas en primera instancia que anulan la valoración de los servicios prestados en promoción interna temporal, prevista en el concurso, parece considerar que la decisión adoptada por la Administración excede de los márgenes de razonabilidad permitidos.

Así, la Sentencia de dicho Tribunal de 3 de marzo de 2011, dictada en el recurso de apelación 542/2010, que reproduce los argumentos de la Sentencia de 2 de noviembre de 2010 del mismo Tribunal (criterio reiterado en otras posteriores de la misma Sala), señala que la forma de provisión del puesto a través de la promoción interna temporal se regula en el artículo 45 de la Ley



2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León; y declara que "Claramente se desprende de este precepto que en el régimen de provisión de puestos que es la promoción interna temporal el puesto efectivamente desempeñado es aquel provisto en dicha promoción, sin perjuicio de que se considera que sigue perteneciendo al grupo funcional, a la categoría de origen, que en la posición jurídica de la recurrente es el propio de enfermera y no el de matrona efectivamente provisto. Sin embargo, resulta obvio que la experiencia profesional y el mérito a ponderar es el inherente al trabajo efectivamente desempeñado, que es lo que constituye el objeto de lo que ha de ser efectivamente ponderable, atendiendo a la naturaleza del sistema de provisión de puestos".

Este criterio se ha mantenido en otras sentencias del mismo Tribunal (*a.e.*, 2 de noviembre de 2010, 14 de marzo, 11 de noviembre y 23 de diciembre de 2011 y 17 de abril de 2012) y también por otros Tribunales Superiores de Justicia, como el del País Vasco (sentencias de 3 de febrero, 30 de marzo, 22 de junio y 19 de octubre de 2000, y 29 de noviembre de 2005), Canarias (Sentencia de 28 de septiembre de 2002), Andalucía (Sentencia de 24 de marzo de 2010) o Cantabria (sentencias de 26 de julio de 2010, 23 de enero de 2011, 27 de abril de 2012, 10 de mayo y 17 de octubre de 2013). E igualmente por la Audiencia Nacional (Sentencia de 1 de marzo de 2006) pese a que dicho órgano jurisdiccional no mantiene un criterio pacífico, como lo demuestran las sentencias de 23 de noviembre de 2005 o de 20 de febrero de 2008 (en las que se fundamenta la propuesta de orden).

La Sentencia de 3 de marzo de 2011, antes citada, en su fundamento de derecho tercero, añade:

"(...) respecto al motivo consistente en que la naturaleza de la promoción interna temporal se corresponde más bien con la de una comisión de servicios, en base a lo cual la Administración apelante mantiene que los servicios prestados, y al igual que en éste régimen, deberán valorarse en la categoría de origen, diremos, para rechazarlo, que como bien valoró la sentencia apelada el mérito previsto en la base tercera de la convocatoria, según aparece configurado el mismo, no trata propiamente de valorar la antigüedad sin más, sino el "contenido funcional" del puesto realmente desempeñado, en definitiva la experiencia adquirida por el desempeño práctico de las funciones que son



propias de una plaza a la que se quiere concursar. Y adviértase, por lo demás, que en la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2.003, que se cita en la apelada, ya se dijo que debía valorarse el tiempo desempeñado en régimen de comisión de servicios como experiencia profesional.

»En cuanto a que la solución de la resolución apelada debilita los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, se trata éste de un argumento que tampoco podrá ser acogido, pues es precisamente la opción escogida en la convocatoria impugnada, y a tenor de las razones ya expresadas, la que la supone un quebranto de tales principios, y ello, sobre todo, si repara en que la misma mientras valora los servicios prestados en base a vínculos de carácter temporal como servicios de la misma categoría, no lo hace lo propio sin embargo con los servicios del personal fijo en promoción interna temporal, lo que como bien razona la Juzgadora de instancia no puede ser considerado lógico”.

Por tanto, la actuación de la Administración, al no valorar los servicios prestados en promoción interna temporal por el personal estatutario fijo en la categoría en la que efectivamente se han prestado, no constituye una decisión derivada del ejercicio de su potestad discrecional –que hubiera permitido apreciar unos márgenes de razonabilidad-, sino que la inclusión de aquellos servicios en la baremación de la experiencia deriva de la propia norma, del ejercicio de una potestad reglada (la norma distingue entre antigüedad y experiencia y permite su valoración separada).

La no valoración, en el caso del personal estatutario fijo, de los servicios prestados en promoción interna temporal en la categoría en la que se prestaron efectivamente, y sí en la categoría de origen, (base anulada) no se ajustó a la ley ya que confundió los conceptos de antigüedad y experiencia; y ello, como afirma el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia antes citada, contraviene los principios de igualdad, mérito y capacidad, y no puede ser considerado lógico, de lo que se infiere que excede los criterios de razonabilidad admitidos.

Se trata, por tanto, de un daño antijurídico que la reclamante no tiene el deber de soportar y debe ser resarcida por ello.



Este mismo criterio se mantuvo por este Consejo Consultivo en su Dictamen 427/2013, en relación con la anulación de una convocatoria en la que se incurría también en una confusión entre experiencia y antigüedad.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, la reclamante solicita el resarcimiento por los gastos de desplazamiento y de manutención durante el periodo entre el 16 de noviembre de 2009 y el 31 de mayo de 2011, en que estuvo prestando servicios en xxxx1.

Con carácter previo, ha de señalarse que de la documentación obrante en el expediente se desprende que la reclamante estuvo prestando servicios en el Complejo Hospitalario de xxxx1 entre el 16 de noviembre de 2009 y el 30 de abril de 2011 (según el calendario remitido por el Complejo Hospitalario de xxxx1, obrante a los folios 20 a 22 del expediente), no hasta el 31 de mayo de 2011 como afirma la interesada, por lo que los gastos resarcibles han de ser los correspondientes a ese periodo.

Según consta en dicho calendario, los días indemnizables suman 217 días: 103 días de turno de mañana, 73 días de turno de tarde y 38 días de turno de noche (s.e.u.o.), al excluirse el resto de días no trabajados y los días de permiso de formación (26 y 29 de noviembre de 2010).

Al no existir un criterio objetivo para la cuantificación del daño, puede atenderse, como baremo orientativo, a las cuantías de las indemnizaciones por razón del servicio aprobadas por el Acuerdo 1/2007, de 18 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se modifica el importe de determinadas indemnizaciones establecidas en el Decreto 252/1993, de 21 de octubre, sobre indemnizaciones por razón del servicio:

- En cuanto a los gastos de desplazamiento, el artículo 16 del Decreto fija una cuantía de 0,19 euros por kilómetro recorrido por el uso de vehículo particular en comisión de servicio. Por tanto, se considera procedente indemnizar a la reclamante con la cuantía de 5.442,36 euros, resultante de multiplicar 132 kilómetros diarios entre xxxx2 y xxxx1 (total ida y vuelta) por 217 días, a 0,19 euros/kilómetro.

- En cuanto a los gastos de manutención, para poder hacer una valoración adecuada de tales gastos, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el



artículo 10.1 del Decreto, que establece que "Las comisiones de servicio cuya duración sea igual o inferior a un día natural no darán derecho a la percepción de gastos de alojamiento, pero sí a gastos de manutención, de acuerdo con los siguientes supuestos:

»a) Cuando la salida sea anterior a las 14 horas y la conclusión de la comisión posterior a las 16 horas y anterior a las 22 horas, se percibirá un 50% de los gastos de manutención.

»b) Cuando la salida sea posterior a las 14 horas y la conclusión de la comisión posterior a las 22 horas, se percibirá un 50% de los gastos de manutención.

»c) Cuando la salida sea anterior a las 14 horas y la conclusión de la comisión posterior a las 22 horas, se percibirá un 100% de los gastos de manutención".

Por ello, teniendo en cuenta que los turnos de mañana finalizan a las 15:00 horas y que la distancia entre xxxx1 y xxxx2 no parecen exigir más de una hora de viaje, este Consejo estima que los días en los que la reclamante ha trabajado en turno de mañana no dan derecho a resarcimiento alguno por este concepto.

En cambio, respecto a los días de trabajo en turno de tarde y en turno de noche, habida cuenta de su hora de iniciación y finalización, se considera prudente que sean resarcidos en una cuantía igual al 50 % de los gastos de manutención, aplicando orientativamente la letra b) del artículo 10.1 del Decreto. Teniendo en cuenta el importe por dietas de manutención diarios es de 28,21 euros (tras la modificación realizada por Acuerdo 1/2007, de 18 de enero, que modificó las cuantías del Decreto), procede resarcir a la interesada, en concepto de manutención, con la cantidad de 1.565,66 euros, resultado de multiplicar el 50 % de 28,21 euros/día x 111 días (73 días de turno de tarde + 38 días de turno de noche).

En virtud de lo expuesto, la cantidad a abonar por daños y perjuicios debe ser de 7.008,02 euros, por lo que la estimación ha de ser parcial.



III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 7.008,02 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la inadecuada baremación de los servicios prestados en promoción interna temporal en el concurso de traslados convocado por Orden SAN/1077/2008, de 18 de junio, posteriormente anulada.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.