



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y  
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de noviembre de 2013, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1*, 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 17 de octubre de 2013 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. xxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la fase de baremación del proceso selectivo convocado por Orden EDU/561/2008.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 18 de octubre de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 762/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

**Primero.-** La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxx2 de 9 de noviembre de 2010 estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. xxxx1 contra la Resolución de 8 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, por la que se aprueba el listado de aspirantes a ocupar puestos docentes en régimen de interinidad pertenecientes a los



Cuerpos de Profesores de Secundaria y otros cuerpos resultante del proceso de baremación convocado por Orden EDU/561/2008.

El fallo dispone: "(...) se estima en parte, el recurso contencioso-administrativo presentado por xxxx1 y, en consecuencia, declaro la nulidad de la resolución impugnada en el particular relativo a la puntuación de la actora, condenando a la administración a modificar la puntuación que se otorga a la recurrente, incrementando la puntuación obtenida en ambos listados en 0,810 puntos en el apartado A) Experiencia docente, y a estar y pasar por esta declaración y a efectuar las rectificaciones oportunas en la lista de aspirantes a interinidad, todo ello sin hacer expresa declaración en materia de costas procesales".

Dicha Sentencia fue confirmada por la Sentencia nº 52/2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en xxxx2 de 20 de enero de 2012, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Castilla y León contra ella.

**Segundo.-** Mediante Resolución de la Consejería de Educación de 8 de junio de 2012 se dispone el cumplimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxx2 de 9 de noviembre de 2010, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en xxxx2 de 20 de enero de 2012, en relación con la puntuación otorgada a la recurrente en el apartado A y reconoce el derecho de la interesada a que le sea baremado dentro del apartado A.1.d) del baremo de méritos, recogido en la Orden EDU/561/2008, la experiencia relativa a 11 meses trabajados y en el apartado A.2.d) la experiencia relativa a 12 meses trabajados, por lo que se modifican las bases de datos que dan soporte a las listas de interinos derivadas del proceso de baremación convocado por la citada Orden.

**Tercero.-** El 17 de enero de 2013 Dña. xxxx1 presenta en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxx3 una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios causados por la incorrecta baremación de sus méritos en el proceso selectivo convocado por Orden EDU/561/2008.

En su escrito expone: "Como consecuencia de no haberseme reconocido la citada puntuación de 0,810 puntos figuraba en las listas de Lengua y



Literatura Castellana y Español para Extranjeros en los números 248 en Lengua y Literatura y 45 en Español, cuando en realidad debería haber estado en los números 220 (Lengua) y 41 (Español). Este comportamiento de la Administración me produjo un daño puesto que fui contratada como profesora interina del 1 de diciembre de 2008 al 18 de diciembre del 2008 y del 21 de enero de 2009 al 31 de agosto de 2009, cuando debería haber comenzado a trabajar el 26 de septiembre de 2008 como demuestra el informe (...) del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, que acredita que en la especialidad de Lengua y Literatura Castellana hubo llamamientos, para trabajar, de aspirantes con una puntuación inferior a 13,017 puntos con anterioridad al 1 de diciembre de 2008 y haber continuado trabajando hasta el 14 de septiembre de 2009.

»Se me produjo pues un daño económico correspondiente al salario como profesora del Cuerpo de Secundaria de 3 meses y 20 días”.

Acompaña a su escrito copia del informe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de 26 de octubre de 2010, de la hoja de servicios prestados, del certificado de las prestaciones por desempleo percibidas y de sus declaraciones del IRPF correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

Solicita una indemnización de 9.500 euros por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del error de baremación y que se le reconozca la puntuación de 0,668 en el Cuerpo de Secundaria especialidad de Lengua y Literatura y 0,5 puntos en la especialidad de Español para Extranjeros del Cuerpo de la Escuela Oficial de Idiomas.

**Cuarto.-** El 1 de abril el Jefe del Servicio de Profesorado de Educación Pública de Secundaria, Formación Profesional, Adultos y Régimen Especial emite informe en el que señala que “(...) -Durante el curso 2008/2009, D<sup>a</sup>. (...) realizó las siguientes sustituciones como funcionaria interina del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria:

- »▪ De 01/12/2008 a 18/12/2012, en el IES eeee1 de xxxx3.
- »▪ De 21/01/2009 a 31/08/2009, en el IES eeee2 de xxxx3.



» La retribución íntegra percibida por la interesada teniendo en cuenta las dos sustituciones realizadas, ambas a jornada completa, fue de 22.330,43 euros.

»- D<sup>a</sup> (...) manifiesta en su escrito haber sufrido un daño económico por cuanto en lugar de haber desempeñado esas dos sustituciones debería haber comenzado a trabajar el día 26 de septiembre de 2008. De la documentación obrante en este Servicio se constata que efectivamente, con la puntuación correcta, a la interesada le hubiera correspondido la sustitución desempeñada en su momento en el IES eeee3 de xxxx3 por D<sup>a</sup> xxxx4, desde el día 26 de septiembre de 2008 hasta el día 14 de septiembre de 2009, por tener mayor puntuación que esta última.

»Por dicha sustitución, a jornada parcial de 9 horas, D<sup>a</sup> xxxx4 percibió la cantidad íntegra de 18.209,69 euros y se realiza en la misma localidad de xxxx3.

»Por todo ello, teniendo en cuenta que la valoración económica de la sustitución reclamada es inferior en 4.130,74 euros a la cantidad realmente percibida por D<sup>a</sup> xxxx1, este Servicio propone desestimar la reclamación formulada por la interesada”.

**Quinto.-** El 1 de julio el Jefe del Servicio de Profesorado de Educación Pública de Secundaria, Formación Profesional, Adultos y Régimen Especial emite informe complementario al anterior en el que “Propone estimar parcialmente la reclamación efectuada por D<sup>a</sup> (...), para el reconocimiento de 3 meses y 20 días, como experiencia docente en la especialidad de lengua Castellana y Literatura del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria a efectos de baremación de interinidades, a razón de 0,167 puntos por cada mes o fracción superior a 15 días, lo que hace un total de 0,668 puntos, de conformidad con lo establecido en el Anexo I de la Orden EDU/495/2010, de 15 de abril, por la que se convoca proceso de baremación para la constitución de listas de aspirantes en régimen de interinidad pertenecientes a Cuerpos docentes”.

**Sexto.-** El 21 de julio se comunica a la interesada que el expediente tramitado se encuentra a su disposición para que pueda presentar en un plazo de diez días las alegaciones que estime pertinentes.



La interesada presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación inicial y reclama la diferencia de las cantidades que debía haber percibido en esos 3 meses y 20 días de haber realizado la sustitución, con la percibida en concepto de prestación de desempleo, a lo que suma la cuantía de la paga extra que le hubiera correspondido, lo que supone un total de 5.214,11 euros. A su vez solicita los intereses devengados desde el año 2008 y los tiquets de gasolina en conceptos de viaje a xxxx2 para asistir al juicio celebrado el 2 de noviembre de 2010 y para obtener la copia del expediente de responsabilidad patrimonial por importe de 80,50 euros, por lo que la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial asciende a 5.294,61 euros más los intereses devengados desde 2008 hasta la actualidad.

Así mismo solicita que se le añada la puntuación de 0,668 en el Cuerpo de Secundaria en la Especialidad de Lengua y Literatura y la puntuación de 0,5 en el Cuerpo de Escuela Oficiales de Idiomas en la especialidad de Español para extranjeros, cuando se modifiquen estos listados y que se le dé de alta en la Seguridad Social con carácter retroactivo.

Adjunta diversa documentación en la que fundamenta sus pretensiones.

**Séptimo.-** El 24 de septiembre se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada.

**Octavo.-** El 30 de septiembre de 2013 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación informa favorablemente la propuesta de resolución.

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.f) del Acuerdo de 31



de mayo de 2012, 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.

**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 Administración Autonómica, en virtud de lo establecido 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 interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues interpone la reclamación el 17 de enero de 2013, dentro del plazo de un año desde que se dictó Sentencia firme, el 20 de enero de 2012.

**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 mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la 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 la 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.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por Dña. xxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la incorrecta baremación para la constitución de la lista de interinidad para cuerpos docentes convocado por Orden EDU/561/2008.

Comprobadas la realidad y certeza de los perjuicios sufridos por la reclamante y la regularidad formal de su petición, la primera cuestión planteada consiste en determinar si el expresado daño ha sido o no consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, requisito indispensable para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El concepto de relación causal, a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas exige la comprobación del caso concreto partiendo de que la carga de la prueba corresponde al actor. Uno de los requisitos *sine qua non*, condicionantes de la prosperabilidad de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es la prueba de la existencia de una relación directa e



inmediata, de causa a efecto, entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público correspondiente o, como dice la expresión legal (artículo 139 de la Ley 30/1992), de una lesión que sea "consecuencia de" los servicios públicos.

Por tanto, resulta obligado examinar si concurren en el presente caso los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al haberse frustrado las expectativas de la recurrente a obtener una plaza como interina desde el día 26 de noviembre de 2008 hasta el 14 de septiembre de 2009 en la especialidad de Lengua Castellana y Literatura del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria en el IES eeee3 en xxxx3.

La Audiencia Nacional ha tenido la oportunidad de señalar que la calificación del daño causado como efectivo (al haberse frustrado una expectativa indemnizable) o, por el contrario, como meramente potencial (al haberse perjudicado una expectativa no indemnizable), depende de las circunstancias concurrentes en cada caso particular, en especial, de la circunstancia de que el interesado hubiera podido o no desempeñar de manera efectiva (aunque interinamente) un puesto de trabajo concreto y determinado.

Así, en Sentencia de 17 de octubre de 2002, la Audiencia Nacional declaraba que "dicho daño se encuentra directamente relacionado con la posibilidad de que la demandante hubiera accedido a alguna sustitución, de seguirse por la Administración el criterio de selección correcto, es decir, según las resoluciones que estimaron los recursos administrativos, tomando como referencia las listas de interinos correspondientes al curso escolar anterior, respecto de las especialidades no convocadas, y manteniendo los aspirantes en el mismo orden de aquel curso en las mismas condiciones establecidas entonces".

Este mismo criterio sobre la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto ha sido recogido por otros órganos consultivos, como es el caso del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen nº 119/2003, de 1 de octubre, en el que se pone de manifiesto que "el reconocimiento de la efectividad del daño en cada caso está ligado a la existencia de una base probatoria de la que puede inferirse un enlace racional, trabado conforme a las reglas de criterio humano, entre la expectativa inicial de nombramiento que nace por la mera inclusión en bolsa del demandante de empleo y la presumible ocupación de un determinado puesto de trabajo por parte del afectado. Será por tanto el acervo probatorio manejado en cada supuesto,





ligado obviamente al esfuerzo realizado por el reclamante en tal sentido, el que posibilite o no llegar a un grado de convencimiento razonable respecto a la probabilidad de un acontecimiento que, sin haberse producido realmente, opera en su frustración como factor determinante de la efectividad del daño”.

La doctrina de este Consejo Consultivo avala los criterios anteriormente expuestos y en tal sentido cabe señalar, entre otros, los Dictámenes nº 123/2004, de 31 de marzo o el nº 246/2006, de 20 de abril.

Con base en dicha doctrina se procede a analizar el supuesto que se dictamina. Mediante Resolución de 8 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, se aprueba el listado de aspirantes a ocupar puestos docentes en régimen de interinidad pertenecientes a los Cuerpos de Profesores de Secundaria y otros cuerpos, resultante del proceso de baremación convocado por Orden EDU/561/2008.

La baremación de méritos de la reclamante fue realizada erróneamente, lo que provocó que no desempeñara la sustitución que le hubiera correspondido realizar durante el curso 2008/2009 en la especialidad de Lengua Castellana y Literatura desde el día 26 de noviembre de 2008 hasta el 14 de septiembre de 2009. Sustitución desempeñada por una persona con menor puntuación que la reclamante y, por lo tanto, a la que tuvo que llamarse con posterioridad a ésta.

La reclamante durante el curso 2008/2009 realizó dos sustituciones en dicha especialidad, desde el 1 al 18 de diciembre de 2008 y desde el 21 de enero de 2009 al 31 de agosto de 2009, por lo tanto existe una diferencia de tiempo de 3 meses y 20 días entre las sustituciones desempeñadas y la que debió desempeñar desde un primer momento.

Así pues, existe un nexo causal entre el incorrecto orden otorgado a la interesada en el listado de interinos y el daño que se le causó, que no tenía el deber jurídico de soportar, al no nombrarla desde un primer momento si se hubieran baremado adecuadamente los méritos alegados, con la consiguiente situación de no haber prestado servicios en el puesto que le correspondía y haberse frustrado así unas expectativas indemnizables, pues podía haber desempeñado de una manera efectiva dicho puesto de trabajo, máxime cuando se encontraba en la misma localidad de su residencia habitual.



**6ª.-** Admitida la responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente caso, al derivarse de su actuación un daño para la reclamante efectivo y evaluable económicamente, debe determinarse la cuantía que le corresponde como indemnización.

Tal y como se ha expuesto en numerosas sentencias (entre otras la del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998, o la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de marzo de 2006), la indemnización se calculará teniendo en cuenta los salarios dejados de percibir por los reclamantes al no ocupar la plaza que les hubiera correspondido si se hubieran baremado sus méritos adecuadamente y en el tiempo debido, descontando de esa cantidad el importe de las percepciones salariales que hubieran percibido y en su caso las prestaciones por desempleo, puesto que en caso contrario se produciría un enriquecimiento injustificado o sin causa.

Por lo tanto, para calcular las indemnizaciones se han tenido en cuenta las diferencias entre las retribuciones económicas percibidas por la reclamante y las que hubiera percibido si desde el primer momento hubiera desempeñado el puesto de trabajo que en realidad le correspondía y que fue desempeñado por otra persona. Al respecto hay que tener en cuenta el informe del Jefe del Servicio de Profesorado de Educación Pública de Secundaria, Formación Profesional, Adultos y Régimen Especial de 1 de abril de 2013 en el que se señala que la retribución que debió de percibir de haber ocupado la sustitución parcial a la que no fue llamada en primer lugar ascendía a 18.209,69 euros, si bien por las sustituciones desempeñadas por ella, a jornada completa, percibió 22.330,43 euros, por lo que, a efectos retributivos, no se le produjo ningún perjuicio económico y más aún cuando durante ese período de tiempo percibió la prestación por desempleo, cantidad que se debería restar de las retribuciones que habría dejado de percibir (únicamente retribuciones básicas y complemento de destino), al no realizar la sustitución para la que tenía que haber sido llamada en primer lugar.

Hay que tener en cuenta que se trata de indemnizar un daño, no de retribuir unos servicios, así como que entre la Administración y el funcionario interino no existe relación contractual alguna, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, por lo que la indemnización no puede calcularse de forma automática, por referencia a una eventual "prestación" incumplida por parte de la Administración.



El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en Sentencias de 18 y 25 de noviembre de 1996, ha reconocido para supuestos análogos una indemnización equivalente a la suma de las retribuciones básicas más el complemento de destino, excluyendo la parte de retribución correspondiente al complemento específico y al complemento de productividad, por entender que estos dos últimos complementos están "principalmente anudados, no ya al puesto de trabajo, sino a determinados factores del mismo que se actualizan y concretan en el caso de su efectiva prestación".

Es más, la propia Audiencia Nacional, en un supuesto semejante al ahora planteado, ha reconocido el derecho a percibir una indemnización equivalente a la cuantía total de la retribuciones dejadas de percibir, excepto el complemento de productividad, por entender que este último "es variable y corresponde al interés e iniciativa del desarrollo del trabajo de que lo percibe" (Sentencia de 10 de junio de 2002).

Ahora bien, como se ha señalado, las cantidades percibidas por las sustituciones desempeñadas con posterioridad más la prestación por desempleo superan la cuantía que le hubiera correspondido si hubiera sido llamada debidamente para realizar la primera sustitución, por lo que, al concebir el instituto de la responsabilidad patrimonial como una reparación del daño efectivamente causado sin que suponga un medio de enriquecimiento injusto en este aspecto, no deben abonarse a la reclamante las cantidades solicitadas.

Por otra parte, como la responsabilidad patrimonial tiene como finalidad la reparación integral del daño y perjuicio causado, se estima adecuado el resarcimiento de los gastos de transporte para acudir al juicio que tuvo lugar en xxxx2 el 2 de noviembre de 2010, que se calculará en función de los kilómetros recorridos.

Por último hay que señalar que el restablecimiento de la situación jurídica, o *restitutio in integrum* correspondiente a la pretensión ejercitada, no se produce por la simple rectificación de la puntuación y la modificación de la lista de interinos, sino que exige la reparación de los perjuicios que tal actuación le ha producido, que se concretan en la falta de nombramiento como interina durante el período comprendido entre el 26 de septiembre y 1 de diciembre de 2008 y las consecuencias derivadas de esta falta que consisten en las diferencias retributivas, que en este caso no se dan, y la pérdida de méritos derivada de tal prestación de servicios como interina, todos los cuales son



perjuicios reales, efectivos, e individualizados, que resultan directamente imputables, en relación de causa a efecto, a la actuación de la Administración y que han sido concretados y probados por la parte.

En relación con su petición de ser dada de alta en la Seguridad Social con carácter retroactivo, hay que hacer constar que durante la percepción de prestación por desempleo se mantuvo en situación asimilada al alta y no es objeto de este procedimiento de responsabilidad patrimonial la solicitud efectuada por la reclamante en este punto, puesto que, tal y como se ha manifestado a lo largo del dictamen, el instituto de la responsabilidad patrimonial tiene por objeto la reparación económica de los perjuicios efectivamente causados, no los que puedan surgir en un futuro que, en el supuesto de que así sea y éstos sean debidos a una actuación de la Administración, la restitución deberá solicitarse cuando tales perjuicios realmente se materialicen.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos en este dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la fase de baremación del proceso selectivo convocado por Orden EDU/561/2008.

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