

Dictamen n°: **597/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.09.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 27 de septiembre de 2022, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, al entender que debido a su cese indebido como personal estatutario del SERMAS, dejó de ser llamada para la bolsa de empleo en la que estaba incluida, con el consiguiente perjuicio económico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de abril de 2021, la reclamante, presentó en el Registro General de la Comunidad de Madrid un escrito solicitando el inicio de expediente de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye al deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria madrileña (Recursos Humanos del SERMAS).

En su escrito expone que, debido a su cese indebido como personal estatutario del SERMAS, dejó de ser llamada para la bolsa de empleo en la que estaba incluida, con el consiguiente perjuicio económico, ya que

considera que por esa circunstancia, no resultó incluida en los llamamientos de los años siguientes, hasta que se jubiló en octubre de 2020.

Explica que, considerando indebido el cese y la penalización que se le impuso, lo impugnó y que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 30 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 447/2018, dictó Sentencia de 21 de enero de 2020, que estimó su pretensión, declarando injustificada la penalización que se le impuso, que suponía su postergación al último lugar de la bolsa de trabajo por el tiempo de un año. Siendo recurrida en apelación la sentencia de instancia, por la representación de la administración sanitaria, la Sección octava de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmó la sentencia de instancia, en la Sentencia de 11 de marzo de 2021, que resolvió el Recurso de Apelación 555/2020.

Por todo ello y para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, solicita una indemnización por importe de 39.991,56€, resultante de la adición de los salarios que le hubieran correspondido entre el 1 de julio de 2018 y el mes de octubre de 2020, ambos inclusive (1.428,27 € mensuales, durante 28 meses)

Acompaña a su escrito de reclamación, las dos sentencias antes citadas.

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:

Por medio de escrito de fecha 5 de mayo de 2021, la compañía aseguradora del SERMAS indicó que se trataba de un supuesto excluido de la cobertura de la póliza contratada.

Mediante posterior diligencia de la jefa de equipo del Área de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, de 13 de mayo de 2021, se comunicó a la reclamante el comienzo de la instrucción del procedimiento y su normativa aplicable. También se le indicó el sentido desestimatorio del silencio, en caso de transcurrir más de 6 meses desde su inicio, sin haber obtenido resolución expresa.

Con igual fecha, de 13 de mayo de 2021, se interesó de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS, la documentación relacionada con los hechos reclamados, así como el informe preceptivo al respecto de la reclamación, de conformidad con las previsiones del artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC.

Como contestación a lo requerido, el día 8 de junio de 2021, se emitió informe suscrito por la subdirectora general de Relaciones Laborales y Actuaciones Jurídicas del SERMAS, en el que se indicaban las circunstancias fácticas, los argumentos y fundamentos jurídicos de la actuación a la que se atribuía la responsabilidad patrimonial pretendida, indicando que:

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, establece en su artículo 9.1 que por razones de necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

El sistema de selección de personal temporal se encuentra regulado en el artículo 33 del mismo texto legal, que establece que *“la selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y*

publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes.”

Por Acuerdo de la Mesa Sectorial de 24 de enero de 2006 sobre selección de personal temporal en los centros sanitarios dependientes de la –entonces- Consejería de Sanidad y Consumo, se procedió a ratificar el acuerdo de la Comisión de Seguimiento de bolsa de empleo temporal de 29 de abril de 2005, sobre selección de personal temporal en los centros sanitarios dependientes de la Consejería de Sanidad y Consumo. Como consecuencia de este Acuerdo, se publicaron las bolsas únicas de empleo temporal correspondientes a las categorías profesionales de médico de familia de Atención Primaria y médico del SUMMA 112, pediatra de Atención Primaria y diplomado de Enfermería/enfermera.

Por su parte el apartado 8 del Plan de Ordenación de Recursos Humanos aprobado mediante Orden 199/2013, de 22 de marzo, del consejero de Sanidad, estableció que hasta la entrada en vigor de las bolsas de cada una de las categorías, por parte de los centros, se seguiría realizando la contratación/nombramiento aplicando el procedimiento que vinieran efectuando, fijando que los criterios de valoración se basan, por un lado, en la experiencia profesional en la correspondiente categoría, teniendo en cuenta los servicios prestados en instituciones sanitarias públicas del Sistema Nacional de Salud dependientes de la Comunidad de Madrid, otras comunidades autónomas y de la Unión Europea, así como los servicios prestados en otras administraciones públicas y en la red hospitalaria privada o socio-sanitaria, debidamente acreditadas y, por otro, en la formación académica, cursos de especialización relacionados con la categoría correspondiente, así, como en su caso, los méritos que pueda acreditar el aspirante relacionados con la investigación. En casos concretos, se podría realizar una entrevista.

Por último, con fecha 5 de febrero de 2016 se suscribió el Acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad, sobre Selección de Personal Temporal en las Instituciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud. El apartado 2 del citado Acuerdo establece que su ámbito de aplicación se circunscribe a las bolsas únicas de empleo temporal constituidas y en funcionamiento en la actualidad de médicos de familia de Atención Primaria y SUMMA 112, pediatras de Atención Primaria y enfermeros/as, así como en las bolsas constituidas en cada centro sanitario para aquellas categorías que todavía no tienen bolsas de empleo temporal únicas, tanto para nombramientos temporales de personal estatutario como contratos temporales de personal laboral. (BOCM de 11 de febrero de 2016).

Dicho acuerdo regulaba las características de esas bolsas de empleo temporal, contemplaba la creación de comisiones de valoración para valorar los expedientes presentados por los aspirantes a formar parte de dichas bolsas, establecía su funcionamiento y el procedimiento para la inclusión, actualización de méritos y llamamiento de los candidatos; así como las causas justificadas de renuncia a las ofertas de empleo y los requisitos para acceder a la mejora de empleo. También creaba una comisión de seguimiento compuesta por la Administración y representantes de cada una de las organizaciones sindicales firmantes, para la interpretación, aplicación, vigilancia y seguimiento de lo pactado.

El apartado 5º del Acuerdo de 5 de febrero de 2016, modificado por Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 27 de septiembre de 2017 preveía que: *“hasta tanto no se constituyan bolsas centralizadas para otras categorías profesionales, las bolsas constituidas en los centros sanitarios se gestionarán en cada uno de ellos, teniendo en cuenta, en todo caso, los criterios y valoración establecidos en este Acuerdo. Para*

ello se procederá a la adaptación de las bolsas constituidas en cada centro”.

En su virtud, mediante resolución de 19 de octubre de 2017, de la Dirección Gerencia del Hospital “*Doctor Rodríguez Lafora*”, se convocó el Proceso de Actualización de méritos de las bolsas o relaciones internas de empleo para nombramientos de personal estatutario temporal en la categoría profesional de “*Limpiadora*” (Grupo E NCD 13) y la ahora reclamante presentó solicitud de participación en la misma.

Que tras el proceso de baremación de los méritos de los aspirantes, en fecha 22 de diciembre de 2017 se publicó el “*Listado Definitivo de Admitidos*”, por orden de puntuación, donde figuraba la reclamante con una puntuación de 37,98 puntos.

En su virtud y con sujeción a las indicadas bases, la reclamante fue contratada para prestar servicios en el referido Hospital Doctor Rodríguez Lafora, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de marzo de 2018 y, posteriormente, desde el 1 de abril de 2018 hasta el 30 de junio de 2018, en ambos casos, mediante nombramiento estatutario temporal eventual.

Durante ese último periodo, el 24 de mayo de 2018 se presentó un informe de la gobernanta del turno de tarde, dirigido al jefe de Sección de Servicios Generales, en el que se puso de manifiesto el incumplimiento del horario y la desobediencia a una orden de la gobernanta, para la cobertura del servicio de limpieza en las unidades de hospitalización que le correspondían a la trabajadora, con abandono del servicio, en que había incurrido la hoy reclamante; proponiendo en su caso, la apertura del correspondiente expediente sancionador.

En virtud de lo sucedido, según se indica en este informe: «*Como consecuencia de lo anterior, a la fecha de finalización del nombramiento (30 de junio de 2018) y de conformidad con lo previsto en el apartado 7.3*

“Penalizaciones” de las Bases de la Convocatoria para la Actualización de méritos de las bolsas o relaciones internas de empleo para nombramientos de personal estatutario temporal en la categoría profesional de “Limpiadora” para prestar sus servicios en el Hospital Dr. R. Lafora, D^a ... pasó a ocupar el último lugar en la Bolsa de Limpiadora, durante un periodo de un año, hasta el 30 de junio de 2019».

Recuerda el mismo informe que la Base Séptima de la convocatoria regula minuciosamente el *“Funcionamiento de la bolsa”*, y establece lo siguiente:

“7.2.- Llamamientos

La Gerencia procederá a la notificación al candidato del nombramiento que se produzca, entre aquellos incluidos en la bolsa actualizada que hayan solicitado su admisión en el Hospital Dr. R. Lafora de acuerdo con lo previsto en el punto 6 del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 5 de febrero de 2016”.

Por su parte, en cuanto a las penalizaciones y al modo de proceder en caso de imponerse algún de ellas, quedando temporalmente postergado en la bolsa, el afectado, la misma base séptima, en su punto 3, dispone:

“7.3.- Penalizaciones

Si un trabajador fuera notificado para ser nombrado y sin justificación rehusase la oferta, no se presentase en plazo o no se incorporase al puesto ofrecido, no superase el periodo de prueba o fuera objeto de informe desfavorable de actitud, conocimiento, aptitud o competencia por parte de la Dirección correspondiente, pasará a ocupar el último lugar de la Bolsa de Empleo, situación que se mantendrá a lo largo de un año, salvo causa de fuerza mayor.

Trascurrido dicho periodo, el candidato deberá solicitar nuevamente su inclusión en el orden que le corresponda según su puntuación”.

Sobre las consecuencias de no hacerlo, la Base 5.6 establece: *“aquel personal que estando en las bolsas no hubiera aportado documentación alguna de actualización, entraría a formar parte de las mismas con baremo CERO”.*

Así pues y ya en concreta referencia a este caso, el informe destaca que la reclamante, en ningún momento posterior al año en que estuvo penalizada ha solicitado nuevamente su inclusión en la Bolsa de Empleo: *“Según consta en el Informe de fecha 24 de mayo de 2021 del director gerente del Hospital Dr. R. Lafora, la interesada únicamente presentó solicitud de ‘actualización de méritos’ correspondiente al proceso de actualización del año 2017, sin embargo, durante la apertura de la actualización de méritos de los años 2018, 2019 y 2020, la interesada no actualiza méritos, por lo que, atendiendo a lo previsto en la base 5.6 de la Bolsa de Limpiadora, pasaría a la puntuación de ‘0 puntos’ en los listados de la convocatoria correspondiente a cada año (2018, 2019 y 2020)”. Y añade que: “Igualmente, D^a....no comunica su disponibilidad con posterioridad a la fecha 30 de junio de 2019, tal como obliga lo previsto en la base 7.3 de la Bolsa de Limpiadora del Hospital Dr. R. Lafora, por lo que no se considera en situación de “disponible” en los listados de admitidos de los años 2019 y 2020”.*

De esa forma, según explica el informe al que venimos refiriéndonos, no resulta procedente la indemnización solicitada por la interesada, pues fue su propio comportamiento incumpliendo las previsiones de la Base 7.3 de la convocatoria, la que determinó que, en aplicación de las previsiones de la Base 5.6, no fuera objeto de ulteriores nombramientos estatutarios temporales de la categoría de *“Limpiadora”*.

A mayor abundamiento, el informe destaca que, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre,

del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el personal estatutario temporal es nombrado, coyunturalmente, por razones de necesidad y sin garantía de continuidad, *“por lo que en ningún caso se podrá reconocer a la interesada el derecho a indemnización por el periodo solicitado, puesto que no ostentaba la condición de personal estatutario fijo y por lo tanto no tenía adquirido un derecho a la inmovilidad en el puesto de trabajo, quedando sujeta a las causas de cese previstas para el personal estatutario temporal”*.

El informe se acompaña de otro, de fecha 24 de mayo de 2021, suscrito por el director gerente del Hospital Doctor Rodríguez Lafora, de contenido sustancialmente coincidente al últimamente referido- folios 28 y 29-.

También se adjuntan, como parte del expediente administrativo remitido:

- Las Bases de la Convocatoria para la Actualización de méritos de las bolsas o relaciones internas de empleo para nombramientos de personal estatutario temporal en la categoría profesional de *“Limpiadora”* para prestar sus servicios en el Hospital Dr. R. Lafora.

- La copia de la solicitud de la reclamante para su inclusión en ese proceso de baremación, de fecha 26 de octubre de 2017.

- La resolución de la Comisión de valoración y la ulterior publicación del listado definitivo de admitidos, por orden de puntuación, prevista en la Base 5.4, asignando 37,98 puntos a la reclamante.

- El informe de 24 de mayo de 2018 suscrito por la gobernanta del turno de tarde del Hospital Doctor Rodríguez Lafora, dando cuenta al jefe de Sección de Servicios Generales, de ciertos hechos acaecidos el día 21 de ese mes de mayo, que afectaban a la trabajadora, en el que se

indicaba: *“Haciendo la última ronda a las 21:15 h por el hospital, acompañada de ... Jefe de equipo, llegamos a la zona de sucio de la cocina y observamos que el lavavajillas (suelo) está sin recoger y sucio al no encontrara a la trabajadora..., llamamos a un celador para que se dirija al vestuario a buscarla y que suba a la cocina. Se presenta vestida de calle y al decirle que no ha realizado el trabajo, nos dice que habló con alguien de cocina para que le terminara el trabajo ya que ella había quedado con una compañera para irse.*

Le digo igualmente que lo tiene que terminar ella y con la uniformidad, se niega a cambiarse de ropa y le explico que tiene que recoger y pasar la manguera por toda la zona, a lo que también se niega, le explico que el trabajo lo tiene que terminar ella y no pude abandonar el hospital sin terminar el trabajo y antes de la hora de salida sin comunicármelo”.- folio 52-.

- La remisión del informe de la gobernanta de tarde, efectuado el 30 de mayo de 2018, al director de gestión de Recursos Humanos del Hospital Rodríguez Lafora, por el jefe de Servicios Generales del mismo hospital, indicando: *“... A la vista de lo ocurrido y, ante la falta de puntualidad, negligencia y profesionalidad de esta trabajadora, propongo que no sea renovado el contrato que expira el día 30 de junio. Asimismo remito el documento, por si los hechos son constitutivos de falta y procede la apertura de expediente”.- folio 51-.*

- Recurso de alzada formulado por la trabajadora y hoy reclamante, frente a la decisión de no haber sido renovada en subsiguientes llamamientos a su cese, dirigido el 5 de julio de 2018 al director gerente del Hospital Doctor Rodríguez Lafora- folio 53 y 54-.

- Escrito de interposición del recurso contencioso administrativo frente al cese de la reclamante, de fecha 16 de octubre de 2018- folios 55 al 59-.

- Breve escrito de 6 de julio de 2018 en el que la reclamante se dirige a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad, instando la resolución de su situación, que considera injusta, del siguiente tenor: *“... Ante la falta de atención del propio centro de solucionar la reclamación que he solicitado y ante el silencio por respuesta y la situación de indefensión en que me encuentro, motivo por el cual hoy me he quedado sin trabajo, creo injustamente.*

Solicito su intervención con el fin de subsanar la situación de irregularidad del procedimiento de selección de personal temporal de instituciones sanitarias, adscritas al Servicio Madrileño de Salud”- folio 60-.

- Informe sobre la cuestión planteada en el procedimiento contencioso administrativo, elaborado para su remisión al juzgado, suscrito por la responsable de Recursos Humanos del Hospital Doctor Rodríguez Lafora.

- Nombramiento como personal estatutario no sanitario de carácter eventual de la reclamante, con duración prevista entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2018, salvo desaparición de la necesidad o incremento de efectivos en la categoría objeto del contrato.

- Nombramiento como personal estatutario no sanitario de carácter eventual de la reclamante, con duración prevista entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2018, salvo desaparición de la necesidad o incremento de efectivos en la categoría objeto del contrato.

- Terminación del primer nombramiento de la reclamante, de fecha 31 de marzo de 2018- folios 69-.

- Terminación del segundo nombramiento de la reclamante, de fecha 30 de junio de 2018- folios 65-.

- Copia de la Sentencia de 21 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 30 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 447/2018, que estimó la pretensión de la reclamante en primera instancia y de la Sentencia de 11 de marzo de 2021, de la Sección octava de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió el recurso de apelación 555/2020, confirmado la primeramente citada.

Entiende el Juzgado Contencioso-Administrativo en la sentencia de instancia, luego confirmada en apelación, que si bien existía un informe desfavorable por parte de un superior respecto de la conducta profesional de la recurrente, que podría merecer la penalización señalada en el apartado 9 del Acuerdo Sectorial aplicable; lo cierto es que la Administración no procedió de conformidad con dicho precepto y la parte reclamante sufrió indefensión, al no haber tenido conocimiento de los hechos objeto de penalización, ni haber podido ser oída antes de que la Administración procediera a penalizarla; lo cual ocurrió, a mayor abundamiento, sin haberse dictado por la Gerencia del centro acto administrativo alguno acordando la penalización prevista en dicho precepto de las bases.

Adicionado todo ello al procedimiento, se confirió el preceptivo trámite de audiencia a la interesada el día 8 de noviembre de 2021 y la misma formuló alegaciones finales el día 24 del mismo mes y año, en las que se remitió al contenido de los pronunciamientos judiciales, que considera avalan su actual reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública propone la desestimación de la reclamación por considerar que los daños reclamados dependen en buena medida del comportamiento de la propia reclamante, que no instó la actualización de sus méritos y ni

comunicó su disponibilidad laboral y, además, no los considera antijurídicos.

TERCERO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario, que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 26 de agosto de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 27 de septiembre de 2022.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que ha sido transcrita anteriormente.

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 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora 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 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en

relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al haber resultado supuestamente perjudicada como consecuencia de la actuación de la Comunidad de Madrid en cuanto empleadora de la misma.

Como ya ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora entre otros en sus dictámenes 290/16, de 7 de julio y 391/16, de 8 de septiembre, la posibilidad de encuadrar dentro del término “*particulares*” también a los funcionarios públicos o personal al servicio de la administración, cuando los daños por los que reclaman se han causado en el ejercicio de sus funciones al servicio de las administraciones públicas, ha sido expresamente admitida por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 10 de junio de 1997 (recurso de apelación 905/1993).

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid puesto que la reclamante achaca los daños por los que reclama a la actuación de sus superiores jerárquicos, en cuanto personal estatutario de la Comunidad.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Además, el mismo precepto establece que “*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva*”.

De esa forma, el criterio de esta Comisión, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de enero de 2000, consiste en fijar el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia a la reclamante parte o, cuando ésta conociera su contenido, si no había sido parte en el proceso.

En el caso sujeto a examen, la reclamante reclama por los daños que atribuye a la penalización que le fue impuesta el 30 de junio de 2018, según la cual pasó a ocupar el último lugar en la Bolsa de personal estatutario temporal en la categoría profesional de “*Limpiadora*” para prestar sus servicios en el Hospital Doctor Rodríguez Lafora, durante un periodo de un año, hasta el 30 de junio de 2019. Según se indicó, la reclamante impugnó judicialmente esa resolución y prosperando esa actuación judicial, la penalización resultó anulada por la jurisdicción contencioso administrativa, en la Sentencia de 21 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 30 de Madrid y dicho pronunciamiento fue confirmado en apelación por la Sección octava de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 11 de marzo de 2021, que resolvió el Recurso de apelación 555/2020.

Según lo expuesto –y aun desconociendo la fecha de la notificación de la sentencia de apelación–, lógicamente la reclamación formulada el 23 de abril de 2021, se encuentra formulada en plazo.

Respecto a la tramitación del procedimiento se ha cumplimentado lo establecido en la LPAC. En concreto se solicitado el informe del servicio al que se imputa la producción del daño conforme el artículo 81 de la LPAC, se ha admitido la prueba documental y se ha evacuado el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la citada ley.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

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 exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- Al analizar la responsabilidad patrimonial reclamada en este caso, observamos que objetivamente la interesada ha sufrido un daño, susceptible de cuantificarse, que se concreta en la circunstancia

de no haber sido objeto de llamamientos para prestar servicios en el Hospital Doctor Rodríguez Lafora, a partir del momento en que resultó penalizada: el 30 de junio de 2018.

Acreditada la realidad del daño, procede analizar si concurren los demás presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Como es sabido, corresponde a la parte reclamante probar el nexo causal o relación causa-efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público que, para el caso que nos ocupa, supone que le incumbe probar que los daños sufridos son consecuencia de la penalización impuesta que, por lo demás, posteriormente ha sido revocada, en virtud de sentencia judicial que ha devenido firme.

Sustenta su reclamación en los pronunciamientos de esa resolución judicial, pues considera que de la misma se desprende necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración actuante, desconociendo que el artículo 32.1, de la LRJSP, dispone que “...*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización*”.

Por el contrario, en este caso, a partir de los datos facticos que han quedado expuestos, se desprende fácilmente que la penalización que se impuso a la reclamante, únicamente implicaba su postergación al último lugar de la bolsa de empleo por el tiempo de un año, que finalizaba el 30 de junio de 2019.

De esa forma, en ese año, a consecuencia de la penalización, la afectada aparecería en la lista en el último lugar, con una puntuación de “0” en el baremo y, posteriormente, en aplicación de las previsiones de las Bases de la Convocatoria para la Actualización de méritos de las bolsas o relaciones internas de empleo para nombramientos de personal

estatutario temporal en la categoría profesional de “*Limpiadora*” para prestar sus servicios en el Hospital Dr. R. Lafora, que regían su situación profesional y los llamamientos de que pudiera ser objeto; la afectada debería solicitar la actualización de sus méritos, para volver a ingresar en la referida bolsa, en el puesto que le correspondiera.

Recordemos que la base séptima de la convocatoria, indicaba que: *“La Gerencia procederá a la notificación al candidato del nombramiento que se produzca, entre aquellos incluidos en la bolsa actualizada que hayan solicitado su admisión en el Hospital Dr. R. Lafora de acuerdo con lo previsto en el punto 6 del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 5 de febrero de 2016”* y, en su punto tercero, la misma base aclaraba: *“Si un trabajador ...fuera objeto de informe desfavorable de actitud, conocimiento, aptitud o competencia por parte de la Dirección correspondiente, pasará a ocupar el último lugar de la Bolsa de Empleo, situación que se mantendrá a lo largo de un año, salvo causa de fuerza mayor. Trascurrido dicho periodo, el candidato deberá solicitar nuevamente su inclusión en el orden que le corresponda según su puntuación”*.

El principio de que las bases de la convocatoria de un proceso selectivo son la ley de la convocatoria y vinculan tanto a los participantes como a la Administración, se encuentra declarado en constante jurisprudencia por la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo, como manifestación del principio de seguridad jurídica y sometimiento de la Administración al principio de legalidad (art. 9.3 y 106.1 Constitución española y art. 3.1 LRJSP) y garantía del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 CE y 55.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre –EBEP-) al que también contribuye el principio de publicidad de las convocatorias y sus bases (art. 55.2.a del EBEP).

Así se recoge, por ejemplo en la Sentencia de 17 de julio de 2006 (rec. cas. núm. 5382/2000), que anuló la sentencia recurrida y la resolución administrativa objeto de la misma al constatar que se “[...]ha incumplido en este punto las bases de la convocatoria y las normas en las que se apoyan y la doctrina jurisprudencial para la que esas bases constituyen la Ley del concurso y vinculan a la Administración y a los particulares [...]” (FJ 9); en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 (rec. cas. núm. 4034/2014), al proclamar que “[...] las bases no impugnadas del proceso selectivo vinculan a los aspirantes y a la Administración, regla establecida con carácter general por el artículo 15 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del 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” (FJ 6). Y más recientemente, en la Sentencia de 15 de noviembre de 2019 (rec. cas. núm. 2810/2017), al afirmar la necesidad de buscar en los elementos de las propias bases, y no en acuerdos o circunstancias posteriores, la solución necesaria “[...] cuando las bases de la convocatoria guarden silencio [...]” sobre determinados aspectos relevantes del proceso (FJ 9).

Por consiguiente, no existe duda alguna de que aquello que estaba expresamente previsto en la convocatoria, como ocurre en este caso, constituye la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de la misma; de tal manera que una vez firmes y consentidas las bases vinculan por igual a los participantes y a la administración actuante.

De lo expuesto se colige fácilmente que, a partir del 30 de junio de 2019 y hasta el mes de octubre en el que la trabajadora se jubiló, la circunstancia de haberse mantenido en última posición en la bolsa de empleo, se debía exclusivamente a su actitud y, en concreto, a no haber instado la actualización de sus puntuaciones, pues la Base 5.6 indicaba

expresamente: *“Aquel personal que estando en las bolsas no hubiera aportado documentación alguna de actualización, entraría a formar parte de las mismas con baremo CERO”*.

Así pues, debemos considerar que no concurre nexo causal entre el daño y el servicio público, en cuanto a la parte de la reclamación relativa a los salarios correspondientes a los llamamientos que mediaran entre el 30 de junio de 2019 y el mes de octubre de 2020, en el que la reclamante se jubiló.

Deberemos centrar el análisis del último requisito exclusivamente en el periodo existente entre el 30 de junio de 2018 y el 30 de junio de 2019, que fue durante el que, realmente a consecuencia de la penalización, la reclamante quedó postergada al último puesto de la bolsa de empleo, con puntuación de 0 puntos.

Respecto de esta penalización, la Sentencia de 21 de enero de 2020, señala que, si bien existía un informe desfavorable por parte de un superior respecto de la conducta profesional de la recurrente, que podría merecer la penalización señalada en el apartado 9 del Acuerdo Sectorial aplicable, lo cierto es que la Administración no procedió de conformidad con dicho precepto, al no constar acreditado que los hechos referidos en el informe desfavorable hubieran sido objeto de una propuesta de penalización por parte de la Gerencia del Centro, ni tampoco que se le hubiera comunicado a la interesada la existencia de tal penalización, como así dispone el punto quinto del apartado 9 del Acuerdo de la Mesa Sectorial.

Entiende el Juzgado Contencioso-Administrativo que dicha actuación situó a la parte reclamante en una posición de indefensión, al no haber tenido conocimiento de los hechos objeto de penalización, ni haber podido ser oída antes de que la Administración procediera a penalizarla.

La fundamentación de la sentencia, resulta sin duda sólida, pues se fundamenta en la inobservancia del derecho de defensa de la reclamante en el procedimiento que determinó la imposición de la penalización recurrida. No cabe duda, por tanto, de su carácter antijurídico.

QUINTA.- Determinada la existencia de responsabilidad por los llamamientos a que la reclamante no pudo acceder durante el año en el que resultó penalizada, queda por determinar su cuantía.

Según se indica en el informe de la subdirectora General de Relaciones Laborales y Actuaciones Jurídicas del SERMAS, debemos considerar en este punto que la interesada ostentaba un nombramiento estatuario de carácter eventual, que finaliza en todo caso por cualquiera de las causas previstas en el apartado 3 del artículo 9 del Estatuto Marco, es decir, *“cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en el nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron”*. En definitiva que, su existencia misma y su duración, dependen de la coyuntural necesidad de la administración contratante. De ese modo, en ningún caso procedería reconocer mecánicamente a la interesada el derecho a indemnización por los salarios correspondientes a todo el año en el que permaneció penalizada, puesto que no ostentaba la condición de personal estatutario fijo y por lo tanto no tenía adquirido un derecho a la inmovilidad en el puesto de trabajo, quedando sujeta a las causas de cese previstas para el personal estatutario temporal.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, habrá de reconocérsele la indemnización que se corresponda con el importe de los salarios a los que no accedió la reclamante por la penalización que le fue impuesta y que más tarde ha resultado anulada, a razón de 1.428,27 € mensuales, según indicación de la propia reclamante.

La determinación de los concretos llamamientos a que hubiera accedido, por aplicación de las Bases de la Convocatoria para la Actualización de méritos de las bolsas o relaciones internas de empleo para nombramientos de personal estatutario temporal en la categoría profesional de “*Limpiadora*” para prestar sus servicios en el Hospital Dr. R. Lafora; deberá ser efectuada por el Área de Recursos Humanos del Hospital Doctor Rodríguez Lafora, tomando en consideración la posición que originariamente ocupaba la reclamante en la bolsa de empleo -la octava- y los llamamientos que se efectuaron durante ese periodo, entre el 30 de junio de 2018 y el 30 de julio de 2019, considerando los que la hubieran incluido contando con los 37,98 puntos que inicialmente le fueron asignados.

Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP, el importe de la indemnización debe actualizarse de la forma que este precepto indica.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación formulada al quedar acreditada la relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio público, así como la antijuridicidad de la pérdida de los salarios que hubieran correspondido a la reclamante, entre el 30 de junio de 2018 y el 30 de junio de 2019, según se especifica en la consideración jurídica quinta. Dicha cantidad debe actualizarse con arreglo al artículo 34.3 de la LRJSP.

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 27 de septiembre de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 597/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid