

En Logroño, a 25 de junio de 2014, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José María Cid Monreal y D. Enrique de la Iglesia Palacios, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**28/14**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, sobre la *reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en materia de personal formulada por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> E.R.Z., por daños y perjuicios que entiende causados al ser postergada en la bolsa de empleo temporal del SERIS y que valora en 96.350 euros.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

La expresada reclamante, en escrito presentado en el Registro del Servicio Riojano de Salud el 18 de diciembre de 2013, invoca su condición de personal estatutario del mismo e imputa a dicho Servicio la contratación temporal, a partir del 17 de enero de 2013, de otras ATS a las que precede en las listas definitivas resultantes de la aplicación del baremo en su día establecido. Tras exponer, atendiendo a esta última, los errores, a su juicio, cometidos por el Servicio Riojano de Salud, solicita de éste una indemnización de 96.350 euros «en concepto de daños y perjuicios».

#### **Segundo**

El día 5 de febrero de 2014, emite informe –sobre nombramientos asignados a la reclamante, ATS/DUE, en el año 2013– el Jefe de la Sección de Listas de Empleo Temporal del Servicio Riojano de Salud. El contenido del mismo es el siguiente:

*«Es notorio el interés de (la reclamante) por trabajar únicamente en Atención Primaria. Es donde ella manifiesta tener toda la experiencia como Enfermera, y como ha Indicado en varios escritos remitidos a la Bolsa de Empleo, para justificar rechazos de ofrecimiento de nombramientos para trabajar en Atención Especializada, “después de 20 años trabajando en Atención Primaria no estoy capacitada, formada ni preparada para hacerme cargo de una planta, de la que desconozco*

*por completo la rutina, el funcionamiento interno, y el manejo de la principal herramienta de trabajo que es Selene Especializada".*

*Esta preferencia, o dicho de otra forma, su dificultad para aceptar contratos en Atención Especializada, ha sido reiterada en variadas ocasiones por la interesada, unas veces por escrito, y las más verbalmente.*

*De hecho, en todas las entrevistas que ha mantenido con el personal directivo de Enfermería, para indagar sus posibilidades de trabajo en la Lista de Empleo, tal como indica en su reclamación, se dirige a la Subdirección de Enfermería de Atención Primaria.*

*Con base en todo ello, el planteamiento de la Lista de Empleo ha sido no ofrecerle nombramientos que pudieran abocar a una penalización por una no aceptación de contrato (nombramiento)».*

Tras indicar que, por ello, han de obviarse todos los nombramientos referidos a Atención Especializada, así como los de continuidad, esto es, los que se suceden en el tiempo mientras haya propuestas de contratación que los mantengan, dicho informe empieza por concluir provisionalmente lo siguiente:

*«En la relación de contratos asignados en 2013, se llega hasta los asignados a:*

- Doña N.A.M., ATS/DUE núm 307 en la lista de empleo de la categoría; a la que se asignó nombramiento en el periodo de 1-6-2013 al 27-9-2013, para cobertura de vacaciones en el Centro de Salud de Santo Domingo. Único contrato de los de vacaciones de verano-2013 cuyo comienzo se anticipó a la fecha 1-6-2013.*
- Doña M.P.A., ATS/DUE, núm. 239, la que se asignó nombramiento para la sustitución de una IT (C.C.F.), que comenzó el 1-6-2013 y finalizó, en principio, el 15-12-2013. A esta IT siguió, sin solución de continuidad, la Baja Maternal de la misma ATS/DUE, comenzando el 16-12-2013, que finalizará el 6-4-2014.*

*Ambos nombramientos tienen la misma fecha de comienzo; y para ambos estaba disponible, en principio, E.R.Z. La cuestión se centra en establecer cuál de ellos se había puesto antes a disposición de la Bolsa de Empleo, para ser asignado primero. Revisada la fecha de entrada de ambas propuestas, se concluye que la fecha de la propuesta para el asignado a N.A.M. fue el 30-5-2013 y la fecha de la propuesta para el asignado a M.P.A., el 28-5-2013. En consecuencia el primero para ser asignado hubiese sido el que recayó en M.P.A.».*

Tras explicar, en el informe, los tres recursos informáticos que se utilizan para la asignación de nombramientos a los candidatos que resultan de la lista definitiva, en él se llega a la siguiente conclusión definitiva:

*«En este caso concreto, la asignación del nombramiento a doña M.P.A. (núm. 239) y no a doña E.R.Z. (núm. 237), se produjo por un error en la coordinación de las tres herramientas citadas: había un error en la actualización de la Excel-Base de datos, que se usó como primera herramienta de selección, relativo a la no disponibilidad de doña E.R. en el momento en que se estaba realizando el llamamiento para la asignación del contrato en cuestión. Esta no disponibilidad no se corroboró con la consulta a los otros dos programas citados; lo que determinó que no se realizara llamada a*

*doña E.R.Z. (núm. 237 de la lista), y si a doña M.P.A. (núm. 239), siguiente disponible, que aceptó el nombramiento».*

### **Tercero**

En el documento que se incluye en la página 70 del expediente, se determina que las retribuciones que hubiera percibido doña E.R., si le hubiera asignado el trabajo temporal que ha desarrollado doña M.P. como enfermera de refuerzo en el Centro de Salud de Santo Domingo de la Calzada desde el 1 de junio de 2013 hasta el 6 de abril de 2014, hubieran tenido una cuantía de 35.931,57 euros.

Por otra parte, en el documento que se incluye en la página 72 del expediente, se determina que las retribuciones percibidas por doña E.R. como trabajadora temporal del Servicio Riojano de Salud desde julio de 2013 a enero de 2014 tienen una cuantía total de 23.225,68 euros.

### **Cuarto**

Tras dar audiencia a la reclamante, que presentó un escrito de alegaciones fechado el 4 de marzo de 2014, la Instructora del expediente dictó su Propuesta de resolución el 7 de mayo de 2014, en la cual –considerando que lo reclamado tenía su fundamento en lo dispuesto en la Ley 30/1992 sobre responsabilidad de la Administración frente a los particulares por los daños derivados de su funcionamiento normal o anormal– terminó concluyendo que la reclamación formulada por D<sup>a</sup> E.R.Z. había de ser desestimada.

Finalmente, el 15 de mayo de 2014, emitió su preceptivo informe la Dirección General de los Servicios Jurídicos, en el cual –con idéntico fundamento e invocación legal– vino a concluir lo mismo que la indicada propuesta de resolución.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 19 de mayo de 2014, y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

## **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 21 de mayo de 2014, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

## **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

El artículo 11.g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con las *“reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública, incluidos en todo caso los entes a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 de la presente ley, cuando resulte preceptivo según la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial”*.

En dichos preceptos, están, sin duda, incluidas las reclamaciones que, en materia de daños y perjuicios, se ejerciten frente al Servicio Riojano de Salud; y la remisión a lo dispuesto en materia de responsabilidad patrimonial se refiere tan sólo a las cuantías que hace preceptivo el informe de este Consultivo, que es hoy la de 50.000 euros, que resulta de la aplicación de lo hoy dispuesto en el art. 142.3 de la Ley estatal 30/1992.

### **Segundo**

#### **Sobre la naturaleza y régimen jurídico de la pretensión indemnizatoria ejercitada por la reclamante.**

En contra de lo apreciado por la Instructora del expediente y por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, a juicio de este Consejo Consultivo, no es el daño

supuestamente causado a la reclamante el que da origen a su reclamación indemnizatoria, sino que tal pretensión tiene su fundamento en la existencia de una relación jurídica – independiente de tal daño– entre la persona que reclama y el Servicio Riojano de Salud.

En efecto, la hipótesis sobre la que versa el presente dictamen ha de resolver, con arreglo a lo dispuesto en la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Pues bien, según el art. 6.1 de dicha Ley *«es personal estatutario sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria»*; y, a partir de ahí, la misma distingue –además de atendiendo en su art. 6.2 a su nivel de formación– entre el personal estatutario *fijo* (art. 8) y el personal estatutario *temporal* (art. 9), al cual *«le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo»* (art. 9.5).

Pues bien, la reclamante está, sin duda, ligada con el Servicio Riojano de Salud por una relación jurídica de carácter permanente que deriva de su inserción en el registro de personal que, como dispone de forma expresa el art. 16.1 de dicho Estatuto marco, han de establecer los servicios autonómicos de salud *«como instrumento básico para la planificación de los recursos humanos»*, en el cual ha de inscribirse *«a quienes presten servicios en los respectivos centros e instituciones sanitarios, en los términos en que en cada servicio de salud se determine»*. Esto afecta muy particularmente al personal sanitario de carácter temporal, que, por eso, en la Comunidad Autónoma de La Rioja, forma parte de un registro específico, ordenado según baremo, que sirve, justamente, para que su *«nombramiento de carácter interino»* –que tiene por objeto *«el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones»* (art. 9.2 EM)– no sea, en ningún caso, arbitrario, sino que atienda, en todo caso, los principios de mérito y capacidad que, para el desempeño de funciones públicas, exige el art. 103.3 de la Constitución.

A partir de ahí, de esa relación jurídica nace para el Servicio Riojano de Salud una *obligación de oferta* para el desempeño de una plaza vacante en los centros sanitarios que de él dependen, que le obliga a seguir el orden establecido en dicho baremo; y esto hace nacer para el que, atendiendo a lo que resulte de dicho baremo, ha de ser el destinatario de dicha oferta, un derecho correlativo: el de la *aceptación* o la *no aceptación* de la misma. En consecuencia, el concurso de la *obligada oferta* de la Administración sanitaria y la *facultativa aceptación* de quien ha de ser su destinatario determina –al igual que ocurre con el consentimiento en los contratos (*vid.* art. 1.262 del Código civil)– el nacimiento, al menos, de dos obligaciones correlativas y bilaterales: para quien forme parte del personal estatutario temporal, la de *«ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo»* [art. 19.b) EM]; y para el Servicio Riojano de Salud, la de abonar puntualmente *«las retribuciones e indemnizaciones por razón del servicio en cada caso establecidas»* [art. 17.1.b) EM].

En consecuencia, a juicio de este Consejo Consultivo, para resolver la pretensión formulada por la reclamante que ha dado lugar al presente expediente, ha de atenderse a la indicada naturaleza de su relación con el Servicio Riojano de Salud, que resulta de su condición reconocida de personal sanitario temporal y del lugar que ocupa, atendiendo a los puntos obtenidos en el baremo, en la lista definitiva elaborada a tal efecto y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 16.1 del Estatuto Marco, por el órgano competente de la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja.

Sin embargo, la obligación de oferta al personal sanitario temporal ha de ser, sin duda, matizada y contrastada, no sólo con la formación y competencia de sus destinatarios, sino también por la conducta de éstos en cuanto a su aceptación atendiendo a los ofrecimientos de nombramiento para plazas concretas hechos con anterioridad. En este sentido, su posición en la lista definitiva de posibles aceptantes no tiene, en modo alguno, efectos automáticos y estrictamente vinculantes para la entidad oferente, pues ésta debe atender, con total preferencia, a la correcta y competente prestación por los profesionales sanitarios del servicio público sanitario del que es responsable.

### **Tercero**

#### **La necesidad de estimar la pretensión ejercitada por la reclamante.**

Atendiendo a lo expuesto, este Consejo Consultivo estima que la pretensión de la reclamante ha de ser estimada, aunque, para ello, en modo alguno pueden tenerse en cuenta sus argumentos y alegaciones, que enmarca en el ámbito de la responsabilidad de la Administración que deriva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En efecto, según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, *«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos»*; y, en el caso que nos ocupa, faltan todos los requisitos necesarios para que esta norma sea aplicable.

Así, la interesada no reclama como *particular* los daños que se le han causado, sino por tener unos derechos específicos derivados de su relación específica con la Administración; ni tampoco los daños que estima como producidos afectan a un bien o derecho del que puedan ser en principio titulares todas y cada una de las personas, sean físicas o jurídicas; ni –por último– su pretensión de indemnización es imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino al incumplimiento por el Servicio Riojano de Salud de la obligación de oferta de trabajo a la interesada a la que estaba obligada atendiendo a su posición en la lista definitiva elaborada, atendiendo a sus méritos, por el órgano competente de la Consejería de Salud y Servicios Sociales.

En definitiva, la responsabilidad que en este caso es imputable a la Administración de la Comunidad Autónoma no es la regulada en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, pues ni es –utilizando el término civil que la distingue– *extracontractual*, (o agencia, “estatutaria”) ni tampoco es *objetiva*, que es lo que distingue a la regulada con carácter general en el art. 1.902 del Código civil de la prevista en la indicada ley de naturaleza administrativa; sino que se trata, en cambio, de una responsabilidad que habría de calificarse –siguiendo de nuevo la terminología civil– como de naturaleza *contractual*, pues, en realidad, deriva y tiene los límites que, en cuanto al daño indemnizable, derivan del incumplimiento de la obligación de oferta de trabajo temporal a que tenía derecho la reclamante.

No obstante, para valorar dicho incumplimiento no pueden tenerse en cuenta, atendiendo a su formación y a su propia conducta en ofertas precedentes, las plazas cubiertas que no fueran de Atención Primaria sino Especializada. En cuanto a esto, no basta con la afirmación que ahora hace la reclamante de que también hubiera aceptado estas últimas, sino que ha de atenderse a los criterios objetivos que se ponen de manifiesto en el informe emitido por el Jefe de la Sección de Listas de Empleo Temporal del Servicio Riojano de Salud, en el que se incluyen, incluso de forma literal, las razones por ella esgrimidas para no aceptar ofertas anteriores de plazas de Atención Especializada.

Pues bien, partiendo de estas premisas y atendiendo a lo que resulta de los documentos de cálculo de las retribuciones recibidas por la reclamante (página 72 del expediente) y por la persona que –teniendo un número posterior en la lista definitiva de posibles aceptantes– resultó beneficiada (página 70 del expediente), la cantidad que, como máximo, podría percibir la reclamante sería la de 12.705,89 euros. Sin embargo, como, en este caso, el incumplimiento de su obligación –como alega en su escrito de reclamación la propia interesada y reconoce en su informe el Jefe de la Sección de Listas de Empleo Temporal del Servicio Riojano de Salud– es imputable al deudor por errores por él cometidos, esto es, por haber actuado éste con culpa o negligencia (*vid.* art. 1.104 del Código civil), resulta aplicable, en este caso, lo previsto en el art. 1.103 de dicho cuerpo legal, que permite a los Tribunales –cuya posición ocupa en este caso, al menos de momento, la Administración por ser la obligada a resolver el expediente– moderar «*la responsabilidad que proceda de negligencia*», atendiendo a las circunstancias que concurran en el caso concreto.

En consecuencia, este Consejo Consultivo estima que de la cantidad de 12.705,89 euros que, en principio, tendría derecho a percibir la reclamante, atiendo al incumplimiento de su obligación por el Servicio Riojano de Salud, imputable, sin duda, a su actuación negligente, han de reducirse las prestaciones económicas que la misma reconoce percibidas del INEM por razón de desempleo a partir del 17 de enero de 2013, para cuya determinación ha de continuarse el expediente antes de dictar la Resolución

definitiva con la que, atendiendo a los fundamentos que resultan de la relación jurídica existente entre el dañante y la dañada, el mismo debe culminar.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

La pretensión de indemnización ejercitada por la reclamante debe prosperar, aunque, para ello, debe atenderse a los fundamentos jurídicos que se indican en el presente dictamen.

### **Segunda**

A juicio de este Consejo Consultivo, la cantidad que tiene derecho a percibir la reclamante asciende a 12.705,89 euros, aunque de ella deben deducirse las prestaciones económicas percibidas del INEM por razón de desempleo a partir del 17 de enero de 2013.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero