

En Logroño, a 10 de noviembre de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

77/20

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D. P.M.B.R, por los daños y perjuicios que entiende causados por incumplimiento por parte del SERIS de las normas establecidas para el llamamiento mediante lista de empleo temporal en la categoría de Psicólogo Clínico; y que valora en 108.955 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

La Consejería de Salud de Gobierno de La Rioja remite a este Consejo Consultivo, para dictamen, el expediente tramitado en relación con la precitada reclamación de responsabilidad patrimonial. De la documentación que integra el expediente, resultan los siguientes antecedentes de interés, que se exponen ordenados cronológicamente:

Primero

1. El 21 de noviembre de 2019, el referido interesado presentó un escrito por el que formulaba reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, exponiendo los siguientes hechos, que transcribimos:

*-PRIMERO: Que, por Resolución del 31 de mayo de 2017 de la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud, se convoca la formación de listas de empleo temporal en varias categorías de personal estatutario facultativo del SERIS (BOR 63 de 2 de junio de 2017). Se convoca —entre otras categorías- la de **Psicólogo Clínico**. (Anexo 1). Siendo ésta la única convocatoria abierta en esta categoría, dado que en la anterior convocatoria de Facultativos de fecha 27/12/2016 (BOR 151 de 30/12/2016), no se abrió procedimiento para la categoría mencionada.*

-SEGUNDO: Que la convocatoria de 31 de mayo de 2017, no siguió el procedimiento, tal y como lo demuestra la tardanza en el nombramiento de la Comisión de Valoración, cuya formación no se publica hasta el 16 de mayo de 2019 (Anexo 2), no existiendo valoración de los candidatos exigida en la convocatoria y, por tanto, imposibilidad de realizar llamamiento por la inexistencia de lista, ni provisional ni definitiva de las puntuaciones de los candidatos,

-TERCERO: Que, a fecha de la presente reclamación, aún no hay listado de aspirantes de la mencionada convocatoria.

-CUARTO: Que, ante la demora del proceso de selección, la falta de baremación de los candidatos y ante la urgente necesidad de la cobertura de puestos de determinadas categorías, se realiza una nueva convocatoria con carácter urgente.

-QUINTO: Mediante Resolución de 24 de mayo de 2018, de la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud, se abre el plazo de inscripción en las listas de empleo temporal de determinadas categorías, por la necesidad de cobertura urgente, entre las que se encuentra la categoría de **Psicólogo Clínico** (BOR 30/05/2018). (Anexo 3). Según justificación de la Resolución, ésta convocatoria se realiza para atender necesidades en determinadas categorías de carácter urgente. Y en su enunciado dice así:

-Apartado Primero. - **Posibilitar la incorporación de nuevos candidatos con puntuación cero, por estricto orden de entrada de su solicitud, en las categorías que se detallan en el Anexo I de esta Resolución y atendiendo a motivos de necesidad urgente de cobertura de estas plazas.**

-Apartado Tercero. - **La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación el BOR.** (publicado el 30/05/2018).

-SEXTO.: Que tal y como indica la mencionada Resolución, la entrada en vigor sería al día siguiente de su publicación, es decir, el día 31 de mayo de 2018.

-SEPTIMO: Que tal y como consta y justifica por la inscripción de "Comunicación Carpeta Ciudadano" se presenta solicitud del reclamante...quedando registrada el día 31 de mayo de 2018 a las 00:17 (Anexo 4).

-OCTAVO: Que, pasados unos días, llega información de que ha sido contratado un Psicólogo Clínico en el Centro de Salud Espartero, por lo que entendemos que dicha persona tiene presentada su solicitud con anterioridad al que reclama.

-NOVENO: Siendo ésta la única convocatoria abierta y única lista vigente y existente, con fecha 16 de enero de 2019, recibe" (el reclamante) "llamada telefónica de la lista temporal de empleo de puntuación cero solicitando presente 'currículum vitae'. El día 17 de enero de 2019 se remite CV a la dirección indicada "baremacion@riojasalud.es (Anexo 5)

-DÉCIMO: Transcurridos unos días, solicitamos información sobre la solicitud a la Jefe de Grupo de la Bolsa de empleo temporal, informándonos de lo siguiente:

-Se han solicitado currículum a los 10 primeros de la lista de puntuación cero, de los cuales sólo lo presentaron 6 personas. Se les hará una entrevista, indicando que se les ha llamado al ser la única lista existente para la categoría de Psicólogo Clínico.

-Ante la sorpresa por la entrevista, preguntamos por la relación y orden numérico de los aspirantes y se nos hace entrega de "listado definitivo de solicitantes admitidos" en la categoría de Psicólogo Clínico. En cualquier caso, dichas entrevistas carecerían de sentido ya que el orden de llamamiento según Resolución es por estricto orden de entrada (Anexo 6).

-Tras no recibir noticias de ninguna clase, volvemos a preguntar y nos indican que" el reclamante "no ha sido seleccionado.

-UNDÉCIMO: Con la lista proporcionada por la Jefa de Grupo de Lista de Empleo Temporal, comprobamos que en el momento que se nos proporciona el listado, éste está formado por 22 candidatos, ocupando" el reclamante "el segundo puesto. Sorprendentemente, observamos que la persona que fue contratado a primeros de junio de 2018, (tras la inmediata entrada en vigor el 31 de mayo de 2018) D. F.I.G. no figura en el mencionado listado.

-DECIMOSEGUNDO: Tras unos días, recibimos la noticia de que, tras el llamamiento a los candidatos de la "lista de empleo temporal con puntuación cero", se ha contratado a Dª B.G.L. Igualmente, sorprendente porque, tras una selección de la lista en vigor, ella no se encuentra entre los candidatos".

2. De tales hechos, el interesado extrae la conclusión de que:

-“La contratación de D. F.I.G. y Dª B.G.L. se ha llevado a cabo vulnerando la legalidad, ocasionando un grave y claro perjuicio a su persona y a aquellos otros aspirantes que ostenten un derecho preferente, por lo que procede la declaración de la preferencia del que suscribe en el llamamiento respecto a estas dos personas.

-Dicha contratación ha ocasionado un retraso a su llamamiento y la no obtención de la plaza, por lo que la Administración tendrá el deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados al que suscribe... en virtud de los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración recogida en el art. 106 de la Constitución Española”,

3. Sobre la base de tal razonamiento, considera que los daños y perjuicios que reclama:

“...se fundamentan, no sólo en los salarios dejados de percibir y que deberán ser indemnizados, sino en perjuicios presentes y futuros igualmente indemnizables que ocasiona la actuación del Servicio de Lista de empleo temporal del SERIS, por la omisión y falta de llamamiento a optar al puesto de Psicólogo Clínico ofertado a D. F.I.G. y Dª B.G.L..”

4. El reclamante solicita una indemnización total de **108.955 euros, según en siguiente desglose de conceptos y cuantías que deberían indemnizársele:**

*-Primero: **Por el período de contratación del llamamiento** correspondiente al primer contrato realizado en junio de 2018 (tras la vigencia de la Resolución de 24 de mayo de 2018) hasta la fecha en que dicho contrato hubiera permanecido vigente, cuyo plazo hubiera alcanzado con toda probabilidad la fecha del 7 de mayo de 2020, edad legal de mi*

jubilación (según). retribuciones referidas al Grupo A1 (BOR 125 de 26 de octubre de 2018) (Anexo 7): i) salarios correspondientes del 01/06/2018 al 31/12/2018: 26.138,57 euros; ii) salarios correspondientes del 01/01/2019 al 31/12/2019: 46.467,67 euros; y iii) salarios correspondientes de 01/01/2020 al 07/05/2020: 17.360,50 euros. **Total: 89.966,74 euros** (ochenta y nueve mil novecientos sesenta y seis con setenta y cuatro euros).

-Segundo: **Por el perjuicio ocasionado en mi pensión de jubilación.** Dada la cercana edad legal de jubilación; la contratación hubiera supuesto un importante incremento en las bases de cotización a la seguridad social ya que se computarían los dos últimos años: i) base cotización realizada (A) (2 años anteriores a jubilación): 58.078,48 euros; ii) base cotización (A) en el caso de contrato de SERIS: 95.382,50 euros; iii) pérdida mensual en la pensión: 115 euros; iv) compensación por perjuicio futuro (115 euros por 10 años): 13.800 euros. **Total: 13.800** (trece mil ochocientos euros).

-Tercero: **Por daños morales:** por haber sido rechazado sin justificación alguna, a pesar de tener formación y méritos suficientes; porque, además, estando en las puertas del llamamiento al solicitarme el currículum generó unas expectativas de contratación que se vieron frustradas al no llamarme ni tan siquiera para la entrevista a un procedimiento totalmente gratuito y carente de justificación, toda vez que la Resolución de 24 de mayo de 2018 establece claramente que el llamamiento se realiza "por estricto orden de inscripción". Solicito una indemnización de **5.188 euros**.

5. El reclamante acompañó en su escrito diversos documentos, referidos en el cuerpo de su reclamación.

Segundo

1. A la vista de la reclamación presentada por el interesado, el titular de la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería actuante, mediante Resolución de 28 de noviembre de 2019, dispuso iniciar la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial y nombrar Instructor del mismo al Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa de la referida SGT.

2. El 4 de diciembre de 2019, el Instructor designado recabó los informes de la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro* (HSP), y de la Gerencia del Área de Salud del mismo HSP.

3. Según consta acreditado en el expediente, el SERIS comunicó a su Compañía aseguradora (S.A.SA) la existencia de la referida reclamación, de lo que dicha Aseguradora acusó recibo mediante escrito de 27 de noviembre de 2019.

Tercero

1. El día 4 de diciembre de 2019, la Dirección de Gestión de Personal emitió el informe que se le había solicitado, en el que se realizan las consideraciones que a continuación reproducimos:

2. En primer lugar, el informe señala que el reclamante confunde dos procesos selectivos diferentes: i) uno, el procedimiento **ordinario** de cobertura de plazas de Psicólogo Clínico para la actividad asistencial; y ii) otro, el procedimiento **específico** para la cobertura de una plaza de Psicólogo Clínico con conocimientos y experiencia específicos en el ámbito infanto-juvenil para trastorno del espectro autista; señalando al respecto lo siguiente:

***-Primero.** Que (el reclamante) mezcla en su reclamación dos procesos de nombramiento claramente diferenciados:*

*i) Por un lado el procedimiento **ordinario** de cobertura de Psicólogos Clínicos para la actividad asistencial, donde no se suscita la necesidad de cumplir requisitos específicos en cuanto a conocimientos y/o experiencia profesional, como por ejemplo es el caso de los nombramientos realizados a los Sres D. F.I.G. y D^a B.G.L., ambos inscritos en la lista de empleo temporal auto-baremada, convocada mediante Resolución de 31 de mayo de 2017, con el orden de prelación números 10 y 15 respectivamente; y*

*ii) Por otro lado, el procedimiento "**especial**" solicitado en enero de 2019 para cubrir un puesto de Psicólogo Clínico, que requería unos conocimientos y experiencia específicos, concretamente en **infanto-juvenil para trastorno del espectro autista**, proceso a día de la fecha todavía **pendiente** de solventar, y en el cual, al igual que al resto de candidatos inscritos en lista de empleo temporal, con puntuación cero, convocada por Resolución de 24 de mayo de 2018, se le solicitó (al reclamante) que presentara su currículum vitae, dado que en la citada convocatoria solo se permitía la inscripción en la citada bolsa y no la presentación de méritos.*

***Segundo.** Que la afirmación que (el reclamante) manifiesta en el apartado noveno de los hechos de su reclamación, y en concreto: "siendo esta la única convocatoria abierta, vigente y existente", no es correcta. En la actualidad, existen **dos convocatorias** y por lo tanto, **dos listas de empleo temporal** en la categoría de Psicólogo Clínico; i) la primera convocatoria está formada por los candidatos inscritos y auto-baremadados, conforme a la Resolución de 31 de mayo de 2017, con un total de cincuenta y dos candidatos, entre los que se encuentran los Sres D. F.I.G. y D^a B.G.L.; y ii) la segunda convocatoria está formada a día de la fecha, por veintisiete candidatos inscritos, de los cuales diecinueve candidatos están admitidos, conforme a la Resolución de 24 de mayo de 2018, entre los que consta (el reclamante). La inscripción en esta lista de empleo sigue abierta.*

***Tercero.** La Unidad de Bolsa de Empleo Temporal desconoce de dónde proviene la información que (el reclamante) manifiesta en el apartado décimo de los hechos de su reclamación. En ningún momento, la Jefa de Grupo de la Unidad de Bolsa de Empleo Temporal ha mantenido conversación ni reunión alguna con el interesado. Por el contrario, su esposa, trabajadora del SERIS, unos días después de haber llamado (al reclamante), para que presentara su currículum vitae, sí que se personó en la Unidad de Bolsa de Empleo Temporal para preguntar sobre las condiciones y duración del posible nombramiento, manifestando que, dependiendo de éstas, su marido (el reclamante), al estar trabajando en el sector privado, podría estar o no interesado en el mismo.*

Se le informó que no existía propuesta de nombramiento alguna, y que únicamente, por parte del Departamento de Salud Mental, existía la solicitud de remisión de los méritos de los candidatos inscritos y auto-baremadados, conforme a la Resolución de 31 de mayo de 2017, la solicitud de los currículum vitae a los candidatos inscritos, conforme a la Resolución de 24 de mayo de 2018 con el

fin de valorar los mismos, y la indicación expresa del Jefe de Departamento de Salud Mental, de remitirlos a aquellos aspirantes que solicitasen cualquier tipo de información al respecto.

Durante la reunión mantenida, la esposa solicita que se le facilite copia del listado de candidatos inscritos conforme a la Resolución de 24 de mayo de 2018, dicho listado no está publicado, dado que la inscripción en la misma sigue abierta. Se le hace entrega del mismo, constando como inscritos, en ese momento veintidós candidatos, de los cuales seis no serán admitidos, por no constar la titulación académica requerida.

Igualmente, se desconoce el origen de la información que manifiesta (el reclamante), en relación con los nombramientos de los Sres. D. F.I.G. y Dª B.G.L..

Cuarto. *Que tal como manifiesta (el reclamante) en los apartados undécimo y duodécimo de los hechos de su reclamación, los Sres. D. F.I.G. y Dª B.G.L. no figuran en el listado de aspirantes de la Resolución de 24 de mayo de 2018, dado que ambos constan como candidatos en la Resolución de 31 de mayo de 2017, siendo incompatible la inscripción en ambas convocatorias.*

3. A continuación, el informe analiza en los siguientes términos los hechos alegados en el escrito de reclamación:

“Primero. Mediante Resolución de 31 de mayo de 2017, se convoca la formación de listas de empleo temporal en varias categorías de personal estatutario facultativo del SERIS, entre las cuales se encuentra la categoría de Psicólogo Clínico. El plazo de inscripción de solicitudes finaliza el 26 de julio de 2017, y se inscriben cincuenta y dos candidatos, aportando la documentación objeto del auto-baremo de méritos. Entre los aspirantes inscritos no consta (el reclamante)....

Segundo. (El reclamante) ...*expone, textualmente en el hecho segundo de su reclamación, que: la convocatoria de 31 de mayo de 2017, no siguió el procedimiento, tal y como demuestra la tardanza en el nombramiento de la Comisión de Valoración". Al respecto (es de) indicar que la base octava, de la Resolución de 31 de mayo de 2017, referida a la Comisión de Baremación, no establece plazo alguno para la convocatoria de las Comisiones de Baremación.*

Al respecto (es de) matizar que, a día de la fecha, de las cuarenta y seis categorías convocadas, catorce están pendientes del nombramiento de las Comisiones de Baremación, debido a la dificultad de compatibilizar las funciones clínico-asistenciales de los miembros que deben conformar obligatoriamente las mismas, con las propias de la baremación, máxime en la categoría que nos ocupa, donde los aspirantes inscritos son un número muy superior a la mayoría de las especialidades convocadas.

Por otro lado, y en relación con la baremación en la categoría de Psicólogo Clínico, existe una dificultad añadida que está pendiente de resolver, la cual es determinar si se exige o no a los candidatos que se inscriban en la lista de empleo temporal de la citada categoría, haber realizado la Formación sanitaria especializada mediante el sistema de residencia (PIR).

Tercero. *Ante la urgente necesidad de dar cobertura a determinadas categorías de personal estatutario facultativo del SERIS, mediante Resolución de 24 de mayo de 2018, se abre un nuevo plazo de inscripción de solicitudes de nuevos candidatos, que se registran con puntuación cero. Este plazo se hace extensivo, por deferencia, a todas las categorías, aun no existiendo necesidad en todas ellas, como es en el caso de la categoría de Psicólogo Clínico. El orden de prelación en la*

inscripción de esta nueva lista, es por estricto orden de entrada de las solicitudes en el registro telemático, en ella (el reclamante) ... ocupa el primer lugar.

Cuarto. *El procedimiento de llamamiento de candidatos en aquellas categorías no baremadas, se realiza mediante el siguiente orden de prelación: i) en primer lugar, se consideran a los candidatos inscritos y auto-baremados con aportación de méritos, conforme a la Resolución de 31 de mayo de 2017, y de acuerdo a la puntuación del auto-baremo; y ii) en segundo lugar, agotados los aspirantes considerados en primer lugar, bien porque rechazan el nombramiento ofertado o bien porque no están disponibles, se procede al llamamiento de los candidatos inscritos en las listas de empleo temporal, conforme a la Resolución de 24 de mayo de 2018, por estricto orden de entrada de las solicitudes en el registro telemático. Este procedimiento de llamamiento, es el que se ha llevado a cabo en los nombramientos realizados a los Sres. D. F.I.G. y D^a B.G.L., entre otros casos.*

Quinto. *En enero de 2019, el Departamento de Salud Mental solicita a la Unidad de Bolsa de Empleo Temporal, que le facilite los méritos presentados por los candidatos inscritos conforme a la Resolución de 31 de mayo de 2017, así como que se llame a los candidatos inscritos conforme a la Resolución de 24 de mayo de 2018, para que aporten a través del correo electrónico su currículum vitae. Esta solicitud se fundamenta en la necesidad asistencial de cubrir un puesto de Psicólogo Clínico con formación y experiencia en infanto-juvenil para trastorno del espectro autista.*

Sexto. *Desde la Unidad de Bolsa de Empleo Temporal, se da traslado de la documentación requerida al Departamento de Salud Mental. La valoración de los méritos y la adecuación al perfil requerido, se lleva a cabo por el Jefe de Departamento de Salud Mental, Dr. (...), la Coordinadora de Salud Mental Infanto-Juvenil, Dra. (...) y la Facultativo Especialista de Área de Psicología Clínica, Dra. (...), los cuales trasladan a la Unidad de Bolsa de Empleo Temporal que convoquen a los tres candidatos previamente seleccionados por ellos, para el día 8 de marzo de 2019, con el fin de mantener una entrevista personal.*

Séptimo. *Por último, informar que este proceso de selección queda sin efecto, por un lado, por la reclamación formulada por (el reclamante)...ante la Consejera de Salud, manifestando su oposición en relación con el procedimiento y, por otro por la jubilación de la Coordinadora de Salud Mental Infanta Juvenil, Dra. (...). Por lo tanto, el puesto objeto de este proceso sigue sin cubrirse a día de la fecha.”*

Cuarto

El 26 de diciembre de 2019, el Instructor del expediente remite lo actuado al reclamante, confiriéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y acompañar los documentos que estime pertinentes. El interesado satisface el trámite conferido mediante escrito presentado el 21 de enero de 2020, en el que concluye que:

“No hay razón para considerar que las contrataciones de D. F.I.G. y D^a B.G.L. fueron realizadas de forma independiente frente a la solicitud de currículum (al reclamante) y –en todo caso- prevalecería el derecho preferente del” (reclamante).

Resulta materialmente imposible la existencia del listado de candidatos de la Resolución de mayo de 2017, dado la falta de formación del preceptivo órgano de “Comisión de Baremación” para su elaboración.”

Por ello considera que ha quedado debidamente acreditada la responsabilidad del SERIS y que se le *“ha generado un daño indemnizable que venimos a reclamar ante la Consejería de Salud.”*

Quinto

Mediante escrito del que no consta fecha, S.A.comunica al SERIS que, analizada la reclamación del interesado, considera que los hechos aducidos por el interesado no constituyen un siniestro incluido dentro del ámbito del seguro suscrito por el SERIS. En esa comunicación, la Aseguradora concluye que:

“...cualquier hipotética responsabilidad derivada de la actividad del SERIS en el proceso de contratación de personal en el que se vio incurso el reclamante, no quedaría cubierta por la Póliza al no constituir la misma el objeto de la actividad asegurada, a saber: “los daños personales, materiales y morales causados a los terceros perjudicados por una acción del Asegurado en el ejercicio de su actividad sanitaria.”

Sexto

En vista de lo actuado, el Instructor del expediente emitió, el 4 de junio de 2020, una Propuesta de resolución, en sentido desestimatorio de la reclamación formulada, al considerar que:

*“La cuestión que se ventila en el presente procedimiento se circunscribe a determinar si concurren los presupuestos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los términos anteriormente referidos, entre los que se encuentra la **existencia de un daño** que para ser indemnizable ha de ser **real y efectivo**, no traducirse en meras especulaciones o expectativas.*

El reclamante fundamenta el daño cuya reparación solicita en el hecho de que se hubiera procedido a ofertar nombramientos temporales a personas que tenían una posición posterior a la suya en la lista de empleo temporal, cuando por su posición hubieran debido serle ofrecidos a él con anterioridad.

La inclusión en las listas de empleo temporal no genera derecho alguno a la contratación, sino una simple expectativa a ello, que puede o no materializarse mediante el correspondiente nombramiento para el desempeño temporal del puesto que corresponda.

En relación con dicha expectativa, interesa recordar la reiterada jurisprudencia sobre inexistencia de responsabilidad patrimonial por acceso tardío a la función pública, sobre la base, en suma y resumen, de que en tales casos, la condición de funcionario no se adquiere hasta la toma de posesión, ostentándose hasta el momento una mera expectativa de ingreso no indemnizable en tal concepto (STS 04/04/00 o SAN 15/04/05, a título de ejemplo).

Hasta que se produce el nombramiento y la efectiva incorporación al puesto para el que se nombra temporalmente a la reclamante no se constituye la relación de empleo público

correspondiente, a partir de la cual se adquieren los derechos subjetivos y objetivos inherentes a la nueva situación, por lo que la demora no puede configurarse como una lesión del derecho a percibir prestaciones que solo corresponderían cuando se estuviera desempeñando dicho puesto.

En consecuencia, la lesión efectiva en los bienes o derechos a que se refiere el art. 32 de la Ley 40/2015 no puede referirse a derechos todavía no adquiridos, como el salario u otros equivalentes que requieran la plena constitución de la relación de servicio en el nuevo puesto.

*La pretendida lesión o daño concreto e individualizado antijurídico que se invoca como fundamento de la reclamación, no es tal, por cuanto el perjuicio cuya indemnización se pretende, se configura como **meras expectativas**, por cuanto, dado que la condición de personal estatutario temporal se adquiere en virtud del nombramiento para la plaza que le oferten y su incorporación a la misma, hasta que esto no acaece el reclamante únicamente ostenta una expectativa de nombramiento y acceso a personal estatutario temporal en la categoría pretendida, sin que en momento anterior a esta incorporación ostente derecho subjetivo alguno susceptible de ser lesionado por la actuación administrativa.*

*Por todo lo referido, en el presente caso, se ha de concluir que **no hay daño** alguno que pueda reclamarse, pues, como dice de forma clara e imperativa el art. 32.2 de la Ley 40/2015, "en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado...". Esto significa que los daños quiméricos o imaginarios que la reclamante apoya en dos nombramientos que no se le ofertaron no son daños en sentido jurídico, con la consecuencia obvia que no pueden reclamarse por más que quien lo haga los califique a su libre arbitrio como tales.*

De este modo, en el presente caso se incumplen los requisitos exigidos en la normativa aplicable, toda vez que no ha quedado acreditada la existencia de un daño real y efectivo derivado de la actuación administrativa, y, por ello, se ha de concluir que ninguna responsabilidad alcanza a esta Administración por una actividad en la que no se dan los requisitos exigidos: un daño o perjuicio efectivo, real y objetivo y que exista una relación directa de causa a efecto entre dicha actividad y el daño causado, para que nazca dicha responsabilidad".

Séptimo

Por oficio de 5 de junio de 2020, el titular de la SGT de la Consejería actuante recaba el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, que lo evacúan el 3 de julio de 2020 en sentido favorable a la Propuesta de resolución. A criterio de los Servicios Jurídicos, no se aprecia la concurrencia de los requisitos materiales que permitirían estimar la reclamación, por los siguientes motivos:

-En primer lugar, no está acreditado daño alguno, tal y como indica la Propuesta de resolución. En primer lugar, porque parece evidente que el reclamante confunde dos procedimientos selectivos completamente diferentes y, a consecuencia de esta confusión concluye que debió ser llamado a ser nombrado por la Dirección de Gestión de Personal del SERIS. Pero, en segundo lugar, aún cuanto su interpretación fuera correcta, y como también indica el Instructor, no ostentaría ningún derecho cuya lesión pueda reclamar, en la medida en que la jurisprudencia es clara en el sentido de considerar que ese derecho subjetivo no existe.

-Por otro lado, no existe un daño económicamente evaluable, en el sentido de que, si la relación laboral no ha llegado a constituirse, no puede declararse que el reclamante ha dejado de percibir las retribuciones ni que haya tenido merma en sus derechos de Seguridad Social.

-Por último, tampoco concurre antijuridicidad, puesto que la actividad administrativa por la que reclama ha sido ajustada a Derecho.”

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente en fecha 3 de julio de 2020, que ha tenido entrada en este Consejo el día 7 de julio de 2020, la Excm. Sra. Consejera de Salud 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 día 9 de julio de 2020, 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 misma quedó incluida en la convocatoria señalada en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una Propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la Propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), el art. 11, g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, como acabamos de exponer, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Por tanto, reclamándose en este caso una cuantía superior, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

2. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC'15 dispone que aquél deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.

Segundo

Legislación aplicable al procedimiento revisor

Como se ha señalado, la reclamación de responsabilidad patrimonial fue presentada por el interesado el 21 de noviembre de 2019. A esa fecha, ya estaban en vigor, desde el 2 de octubre de 2016, tanto la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (LSP'15, cfr. su DF 18ª), como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común (LPAC'15, cfr. su DF 7ª); y, a los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la LPAC'15 (como es el caso) les resultan aplicables las previsiones de la LPAC'15 (según la DT 3ª-a LPAC'15, *a contrario sensu*).

Tercero

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 CE y 32.1 y 34.1 LSP'15 y 65, 67, 81 y 91.2 LPAC'15), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la

gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración; así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de *seguro a todo riesgo* para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa.

En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

3. Como señala una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS, 3ª, de 21 de marzo de 2007, RCas. núm. 6151/2002):

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

En parecidos términos, la STS, 3ª, de 21 de marzo de 2018 (RCas. núm. 5006/2016) sintetiza los requisitos exigidos para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los arts. 139 y 141.1 LPAC’92 (actualmente, arts. 32.1 y 34.1 LSP’15), que son:

“...daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”.

4. De cuanto acaba de exponerse, se desprende ya una primera conclusión. Al igual que sucede en cualesquiera otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en este caso es preciso analizar:

-Si el interesado ha sufrido realmente los daños que afirma.

-Si esos daños están, causalmente, vinculados al actuar de la Administración, *“en una relación, directa e inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal”* (STS de 21 de marzo de 2007, antes citada).

-Si esos daños son constitutivos de una *“lesión antijurídica”*, caracterizada por la *“ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo.”* (STS de 21 de marzo de 2018).

-Si la cuantificación de los daños es correcta, de modo que el perjuicio sufrido sólo puede ser resarcido mediante el reconocimiento y abono al reclamante de la cantidad de dinero (indemnización) que solicita.

5. Por lo demás, según el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC'00), es carga del demandante probar la concurrencia de los presupuestos a los que la Ley anuda el nacimiento del derecho a la indemnización. Por ello, pesa sobre él la carga de acreditar, no sólo los hechos en los que funda su reclamación de responsabilidad, sino, igualmente, la efectiva realidad de los perjuicios ocasionados y la procedencia de la indemnización solicitada.

Cuarto

Inexistencia de lesión antijurídica

1. Como resulta de los Antecedentes de hecho expuestos, el reclamante pretende ser resarcido de los daños que, según razona, le habría irrogado la Administración al preterirle en favor de los dos Sres. precitados (D. F.I.G. y D^a B.G.L.), a quienes el SERIS habría asignado dos plazas de Psicólogo Clínico para las que el reclamante entiende tener mejor derecho. Siendo ese el planteamiento del interesado, a juicio de este Consejo Consultivo la reclamación debe rechazarse por los motivos que se exponen a continuación.

2. Por obvio que resulte, el principal presupuesto necesario para la viabilidad de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial radica en que el afectado haya sufrido una **lesión antijurídica**, esto es, un **daño que no tenga el deber jurídico de soportar** (arts. 32.1 y 34.1 LPAC'15). Así lo hemos recordado, entre otros muchos, en nuestro dictamen D.117/19.

Como hemos expuesto anteriormente, la STS de 21 de marzo de 2007 señala que el éxito de la acción de responsabilidad patrimonial exige, entre otros requisitos, *“que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia*

conducta". Y, en parecidos términos, la STS de 21 de marzo de 2018 asocia la noción de "*lesión antijurídica*" a la "*ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo*".

3. Para apreciar que, en este caso, no se ha generado al interesado ningún daño o lesión antijurídica, es preciso comenzar aclarando (en el sentido señalado por el Informe de 19 de diciembre de 2019 de la Dirección de Gestión de Personal del SERIS) que el reclamante alude en sus escritos a dos procedimientos selectivos distintos: **i)** un procedimiento *especial*, cuya tramitación comenzó en el mes de enero de 2019, y que tenía por objeto la cobertura de un puesto de Psicólogo Clínico Especialista en trastornos del espectro autista; y **ii)** el procedimiento *ordinario* encaminado a la cobertura de puestos de Psicólogos Clínicos para la actividad asistencial.

Pues bien, lo primero que debe examinarse es, si en alguno de esos dos procedimientos, se atribuyó a los precitados Sres. D. F.I.G. y D^a B.G.L. un puesto de trabajo que, en realidad, hubiera debido otorgarse al interesado.

Quinto

El procedimiento selectivo *especial* para la cobertura de un puesto de Psicólogo Especialista en trastornos del espectro autista.

1. Por razones de claridad expositiva, de entre los procedimientos selectivos en que ha tomado parte el interesado, comenzaremos ocupándonos del procedimiento específico o *especial* para la asignación de un puesto de trabajo de Psicólogo Clínico Especialista en trastornos del espectro autista.

2. En relación con el mismo, lo que resulta del expediente que se nos ha remitido es que tal procedimiento especial ha quedado sin efecto, por lo que ese puesto de Especialista no ha sido aún asignado a ninguna persona.

El informe de 19 de diciembre de 2019 de la Dirección de Gestión de Personal del SERIS señala que esto ha sido así, primero, por la propia reclamación formulada por el interesado y, segundo, por la jubilación de una de las personas que formaban parte de la Comisión de valoración.

3. Sea como fuere, a los efectos de nuestro dictamen, los motivos por los que tal procedimiento selectivo haya quedado sin efecto resultan irrelevantes, pues lo esencial es que, al no haber sido otorgado ese puesto a nadie (ni al interesado ni a ningún otro participante en el procedimiento), mal puede constituir ese procedimiento la causa del daño que el reclamante describe, que consistiría, según hemos relatado ya, en que dos

puestos de trabajo de Psicólogo Clínico habrían sido atribuidos a dos personas que, a su juicio, tenían peor derecho a ellos.

4. En su escrito de alegaciones de 21 de enero de 2020, el interesado parece afirmar que, en realidad, el puesto de Psicólogo Especialista sí habría sido otorgado –aunque por la vía de los hechos, y al margen de ese procedimiento específico- a la Sra D^a B.G.L. Al respecto, el reclamante aduce que *“la plaza ocupada por D^a B.G.L. desde su contratación (marzo de 2019) cumple las características de especificidad requeridas en el proceso que denomina ‘especial’ y así se evidencia en el ejercicio de sus funciones en el Centro de Salud de Arnedo”*, pretendiendo extraer, de esa afirmada (y no probada) identidad en la especialización requerida y en las funciones del puesto, la conclusión de que, en realidad, el puesto ocupado por D^a B.G.L. es el mismo que el que había sido convocado en enero de 2019 y al que él también optó.

5. Sin embargo, más allá de las conjeturas del reclamante, éste no aporta ningún elemento de prueba que acredite que el puesto de trabajo que era objeto de ese procedimiento especial es el mismo que actualmente ocupa D^a B.G.L., debiendo reiterarse que es carga del reclamante probar los hechos que sean base fáctica de su reclamación (art. 217 LEC'00).

La prueba de la pretendida correspondencia entre uno y otro puestos de trabajo podría haberse obtenido mediante la comparación de dos extremos: por un lado, los datos con los que el puesto de trabajo aparecía descrito en la convocatoria abierta en enero de 2019 (especialmente, su denominación, el código de puesto en la correspondiente relación o catálogo de puestos de trabajo, la localidad de ubicación de puesto, el complemento de destino, y el complemento específico); y, por otro, los datos del puesto que en la actualidad ocupa D^a B.G.L. los cuales, necesariamente, han de figurar en el documento mediante el que ésta haya formalizado su toma de posesión en ese puesto. Nada de eso ha acompañado o aportado el reclamante a sus distintos escritos.

Por el contrario y sobre este mismo extremo, la Dirección de Gestión de Personal del SERIS afirma taxativamente en su informe de 19 de diciembre de 2019, que *“el puesto objeto de este proceso sigue sin cubrirse a día de la fecha.”* Además, como veremos más adelante, aclara que el puesto que ocupa D^a B.G.L. no le fue atribuido en el seno de ese procedimiento específico que nunca se resolvió, sino en el curso del procedimiento selectivo general u ordinario.

6. Por todo ello, a la vista del material probatorio que obra en el expediente que se nos ha remitido, y a falta de elementos de prueba adicionales, no puede tenerse por cierto, siquiera, que ese procedimiento selectivo *especial* haya sido resuelto, por lo que, con mayor motivo aún, no puede analizarse si esa inexistente resolución ha preterido

injustamente al reclamante en beneficio de otra persona que tuviera peor derecho al puesto.

En suma, hasta aquí no puede darse por probado que la actuación administrativa le haya generado al reclamante ningún daño o lesión antijurídica.

Sexto

El procedimiento selectivo *ordinario* para la cobertura de puestos de Psicólogo Clínico para la actividad asistencial.

1. Por lo que hace al procedimiento para la cobertura de puestos de Psicólogo Clínico para actividad asistencial, es necesario aclarar la forma en que se produjeron los llamamientos de los Sres. D. F.I.G. y D^a B.G.L. en el que el interesado tomó parte en ese procedimiento. Cuestiones que abordamos en los apartados siguientes.

2. Por Resolución de 31 de mayo de 2017 (BOR de 2 de junio) la Dirección de Gestión de Personal del SERIS convocó un procedimiento para la formación de listas de empleo temporal de varias categorías de personal estatutario facultativo del SERIS; entre ellas, la de Psicólogo Clínico. Las Bases de esa convocatoria regulan el procedimiento para la conformación de esas listas.

3. Según la Resolución de 31 de mayo de 2017, el procedimiento comienza mediante la presentación por los interesados de una solicitud, a la que han de acompañar los documentos acreditativos de los méritos que aleguen. Además, los propios interesados han de asignar a esos méritos una puntuación (auto-baremo), según el Baremo recogido en el Anexo I de la convocatoria (Bases Cuarta, Quinta y Sexta y Anexo I).

4. La convocatoria previó la constitución de una Comisión de Baremación para cada categoría (por ejemplo, para la de Psicólogo Clínico), que sería la encargada de estudiar la documentación aportada por los aspirantes y baremar los méritos acreditados por ellos (Base Octava).

Realizada esa baremación, cada Comisión elaboraría la correspondiente lista provisional de empleo temporal (Base Novena.1), que sería sometida a un trámite de alegaciones que los interesados podrían presentar en el plazo de diez días (Base Novena.3).

Cuando concluyera ese plazo, cada Comisión analizaría las alegaciones presentadas y elaboraría una propuesta de lista definitiva que remitiría a la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud, que, en su caso, la aprobaría y publicaría en la página *web* del SERIS.

5. Es importante advertir en este punto que los Sres. D. F.I.G. y D^a B.G.L., al igual que otras cincuenta personas, tomaron parte en esa convocatoria de 2017, presentando sus correspondientes solicitudes y alegando los méritos que tuvieron por conveniente, tal como establecen las Bases Cuarta y Quinta1-b) de la convocatoria de 2017.

Y también, como establece la Base Octava.1, y como el resto de los participantes en la convocatoria, las dos personas referidas asignaron a sus méritos una puntuación (auto-baremo) según el Baremo recogido en el Anexo I de la Resolución de 31 de mayo de 2017.

Esa auto-baremación les situó, respectivamente, en los números 10 y 15 del orden de prelación de los cincuenta y dos solicitantes que tomaron parte en aquella convocatoria.

6. Por el contrario, el reclamante no tomó parte en esa convocatoria ni presentó ninguna solicitud en el plazo establecido al efecto por la Resolución de 31 de mayo de 2017, que concluía el 26 de julio de 2017.

7. Los miembros de la Comisión de Baremación de la categoría de Psicólogo Clínico fueron nombrados por Resolución de 16 de mayo de 2019 de la expresada Dirección de Gestión del SERIS.

Sin embargo, esa Comisión, y otras trece más del total de cuarenta y seis categorías incluidas en la convocatoria, no ha sido aún convocadas, por los motivos que expone el informe de 19 de diciembre de 2019.

Por ello, según puede colegirse, no existe todavía ni una lista provisional ni una lista definitiva de empleo temporal de la categoría de Psicólogo Clínico conformada con arreglo al procedimiento previsto por la Resolución de 31 de mayo de 2017, sino sólo una lista de solicitantes, ordenados según los puntos que cada uno de ellos se atribuyó al auto-baremar sus méritos.

8. Según prosigue el informe de 19 de diciembre de 2019, *“ante la urgente necesidad de dar cobertura a determinadas categorías de personal estatutario facultativo del”* SERIS, mediante Resolución de 24 de mayo de 2018 (BOR del 30), *“se abre un nuevo plazo de inscripción de solicitudes de nuevos candidatos, que se registran con puntuación cero”*. En efecto, la Resolución de 24 de mayo de 2018 dispone que:

“Mediante Resolución de 31 de mayo de 2017, de la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud, se convocó la formación de listas de empleo temporal en varias categorías de personal estatutario facultativo del SERIS (BOR número 63 de 2 de junio de 2017). Las nuevas listas de empleo temporal en las categorías citadas se encuentran en proceso de baremación, por lo que es

necesario emitir esta Resolución para atender posibles necesidades de cobertura en las categorías especificadas en el Anexo I con el fin de garantizar una adecuada gestión asistencial.

*En virtud de lo anterior... esta Dirección de Gestión de Personal, **resuelve:** Primero.- **Posibilitar la incorporación de nuevos candidatos con puntuación cero, por estricto orden de entrada de su solicitud en las categorías que se detallan en el Anexo I de esta resolución y atendiendo a motivos de necesidad urgente de cobertura de estas plazas**”.*

9. Como puede verse, la finalidad de la Resolución de 2018 no puede ser más evidente ni su tenor literal más claro. Ante la existencia de “*motivos de necesidad urgente de cobertura*” de plazas de personal estatutario facultativo del SERIS, dicha Resolución de 2018 abre un nuevo plazo para “*posibilitar la incorporación de nuevos candidatos con puntuación cero*”; esto es, un nuevo plazo para que otras personas (“*nuevos candidatos*”) se incorporasen, “*con puntuación cero*”, a la lista que ya estaba formada por quienes, en el año anterior 2017, habían solicitado formar parte de las listas de empleo temporal.

Es importante advertir que, al indicar la Resolución de 2018 que los “*nuevos candidatos*” se integrarían “*con puntuación cero*”, resulta obvio que todos esos “*nuevos candidatos*” del año 2018 irían en la lista por detrás de los solicitantes del año anterior 2017, a quienes la Resolución de 2017 sí les permitió alegar méritos e incluso asignar unos u otros puntos a esos méritos.

Es llano también que la nueva convocatoria de 2018 obedece al propósito de permitir una cobertura urgente de plazas ante la dificultad generada por el hecho de que “*las nuevas listas de empleo temporal en las categorías citadas se encuentran en proceso de baremación*” y, por ello, “*es necesario emitir esta Resolución, para atender posibles necesidades de cobertura en las categorías especificadas en el Anexo I*”.

Por último, y aclarado que todos los solicitantes de 2018 serían incluidos en la lista “*con puntuación cero*” (por tanto, por detrás de los solicitantes de 2017), el puesto que cada uno de ellos habría de ocupar en la lista vendría determinado, al ser igual la puntuación de todos (cero), “*por estricto orden de entrada de su solicitud*”. Ello, a diferencia de los solicitantes de 2017, que sí tenían, cada uno de ellos, los puntos que cada uno se había atribuido en función de los méritos alegados.

10. De cuanto acaba de exponerse, resulta claro que el SERIS, al aprobar la Resolución de 2018, estaba explicitando su intención:

-De ampliar la lista de solicitantes de 2017 con los nuevos candidatos que se incorporasen en 2018;

-De situar a todos esos nuevos candidatos por detrás de quienes ya estaban en la lista formada por los solicitantes de 2017;

-De ordenar a los candidatos de 2018 *“por estricto orden de entrada de su solicitud”* y

-De utilizar la lista formada por los solicitantes de 2017 y 2018 para *“atender posibles necesidades de cobertura”* de estas plazas de personal estatutario facultativo de las categorías indicadas.

11. El reclamante, que no había tomado parte en la convocatoria de 2017, sí presentó su solicitud para participar en la de 2018, siendo su solicitud la primera en tener entrada en el Registro de la CAR.

Pues bien, del hecho de formular su solicitud, debe extraerse ya una primera consecuencia: al tomar parte voluntariamente en esa convocatoria, sin impugnar la Resolución de 24 de mayo de 2018, el reclamante aceptó los términos de esa convocatoria y a ellos debe estar y atenerse, ya que es doctrina reiterada que las bases son *“la ley del concurso”* y *“vinculan a todos los intervinientes, tanto a la Administración y a sus órganos calificadores como a los aspirantes”* (SSTS, Sala 3ª, de 22 de mayo de 2012, RCas. 2574/2011, y de 18 de febrero de 2015, 3464/2013), principio que, en el ordenamiento autonómico, ha positivizado el art. 20.3 de la Ley 3/1990, de 29 de julio, de Función pública de la APCAR.

En definitiva, el interesado asumió voluntariamente incorporarse a las listas con puntuación “cero”, esto es, por detrás de los solicitantes del año 2017 y, por tanto, con peor condición que estos a la hora de acceder a un puesto de Psicólogo Clínico para actividad asistencial.

12. Según expone la Dirección de Gestión de Personal en su informe de 19 de diciembre de 2019, a los Sres. D. F.I.G. y Dª B.G.L. se les atribuyeron puestos de Psicólogo Clínico para actividad asistencial en función de la lista conformada por las solicitudes presentadas en los años 2017 y 2018, lista en la que estaban desde el año 2017 y en la que, como es obvio, ocupaban puestos más altos que el reclamante, quien entró a formar parte de dicha lista en 2018 y con puntuación cero.

13. Atendido lo anterior, el hecho de que el procedimiento para la formación de listas definitivas de empleo temporal no haya concluido todavía mediante la aprobación de una lista definitiva es, de nuevo, irrelevante a los efectos de nuestro dictamen, porque el interesado, por su sola y estricta voluntad, tomó parte en una convocatoria que preveía explícitamente que los *“nuevos candidatos”* ingresaran con cero puntos en una lista en la que ya estaban, con puntos, los solicitantes de 2017.

Por ello, nada tenía de extraño que, para la cobertura urgente de puestos de las categorías de personal indicadas por las Resoluciones de 2017 y 2018 fueran preferidos los solicitantes de 2017. De hecho, lo que hubiera resultado contrario a las Resoluciones de 2017 y 2018 habría sido hacer de mejor condición a quienes se encontraban en la situación del reclamante que a quienes ya estaban en la lista desde 2017.

14. Naturalmente, si el reclamante consideraba que el nombramiento de los Sres. D. F.I.G. y D^a B.G.L. era contrario a Derecho, podía haber impugnado en vía administrativa o jurisdiccional esos nombramientos, algo que no consta que haya hecho. Pero, en cualquier caso, no se entiende de qué modo esas impugnaciones hubieran podido beneficiarle a él, y hacerle acreedor de alguno de aquellos dos puestos, pues el reclamante tenía un número de orden inferior al de las dos personas referidas en una lista, insistimos, a la que se unió de manera voluntaria y aceptando las condiciones de esa incorporación.

15. Como recapitulación de lo expuesto en este Fundamento Jurídico, de nuevo debe concluirse que la Administración no le ha generado al reclamante un daño o efecto lesivo, que no tuviera el deber jurídico de soportar.

Séptimo

Análisis de los conceptos y partidas indemnizatorias reclamadas

1. Creemos que las consideraciones anteriores eximen de mayores comentarios, pues, al no habérsele generado al reclamante un daño que no tuviera el deber jurídico de soportar, no concurre siquiera el presupuesto mínimo necesario para hacer nacer una responsabilidad patrimonial e imputarla a la esfera jurídica de la Administración. Con todo, realizaremos las apreciaciones que siguen en cuanto a los conceptos y partidas que el interesado solicita le sean indemnizados.

2. Este Consejo Consultivo ha analizado en numerosas ocasiones (por todos, en nuestro dictamen D. 117/19) el principio de reparación integral del daño; principio que, en aplicación de la regla jurídica que inspira el art. 1.106 Cc, exige el resarcimiento, tanto del daño emergente (*damnum emergens*), como del lucro cesante (*lucrum cessans*).

A su vez, el concepto de lucro cesante (las ganancias que el interesado deja de percibir) encuentra, como envés o límite negativo, la prohibición de indemnizar los denominados “sueños de ganancia”. En efecto, como indica la STS 3^a, de 24 de noviembre de 2015 (RCas. núm. 956 /2014):

*“... el deber de reparación debe integrar el llamado **daño emergente, integrado por el valor de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado**; así como el llamado **lucro cesante, integrado por las ganancias dejadas de percibir**. Ahora bien, esas dos modalidades del daño patrimonial en sentido estricto, comportan, de una parte, que **han de quedar acreditados de tal***

forma que tanto unos como otros sean reales o manifiestamente potenciales conforme a las condiciones que generarían esa pretendidas ganancias que no responden, como se viene puntualizando por la jurisprudencia, a un ‘sueño de ganancias’, carente de toda conexión lógica con las condiciones del perjudicado, sino a meras expectativas, dudosas o contingentes, que no encuentran fundamento en esas condiciones fácilmente constatables”.

En particular, las peticiones indemnizatorias en concepto de lucro cesante o ganancias dejadas de obtener, obligan al reclamante a probar la existencia de una relación causal directa entre la actuación administrativa que se reputa dañosa, por una parte, y la falta de obtención de unos u otros beneficios económicos, por otra.

Expuesto, en otros términos: el reconocimiento del derecho a una indemnización por lucro cesante exige acreditar que la actuación administrativa ha privado al interesado de obtener unas ganancias que, de no haber sido por esa actuación administrativa, hubiera percibido de modo seguro o altamente probable. De lo contrario, se estarían indemnizando meras expectativas de futuro o sueños de ganancia, lo que hemos rechazado en diferentes dictámenes (cfr. D.86/03, D.21/04, D.109/05 y D.31/06, D.42/19 o, en el ámbito de la función pública, D.15/17). Así, recuerda la STS 3ª, de 25 de abril de 2017 (RCas. núm. 606/2016) con cita de muchas otras, que:

“...la prueba de las “ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros sueños de ganancias como se denominaron en la S. de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que, a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente, se produzca un enriquecimiento injusto”.

3. Por lo demás, y en íntima relación con lo anterior, las indemnizaciones abonadas en concepto de responsabilidad patrimonial no pueden generar para los particulares un enriquecimiento injusto (por todas, SAN-CA, Secc. 5ª, de 7 de noviembre de 2018, PO 143/2017), según hemos razonado, por todos, en nuestros dictámenes D. 42/19, 117/19 o 96/19, en el que hemos recordado que el perjudicado no puede recibir más que el equivalente al daño sufrido; de suerte que, *“caso de haber percibido alguna ventaja, ésta ha de tenerse en cuenta a la hora de cuantificar el resarcimiento, siempre que exista alguna relación entre el daño producido y la ventaja obtenida”* (STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTS, 4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTS, 3ª, 22-05- 2000, 13-02-2002 y 04-02-2009).

4. Aplicando estas consideraciones al caso presente, es claro que todas las partidas indemnizatorias reclamadas por el interesado parten de un presupuesto común: se trataría de cantidades que, de un modo u otro, sólo tendría derecho a obtener si, y solo si, el reclamante estuviera efectivamente desempeñando un puesto de trabajo en la Administración pública, y como contrapartidas sinalagmáticas de esa prestación de servicio.

Como es obvio, la percepción de retribuciones salariales, la realización por la Administración empleadora de unas u otras cotizaciones a la Seguridad Social (con la expectativa hipotética de que tales cotizaciones pudieran mejorar en poco o en mucho una futura pensión de jubilación) o el verse beneficiado con la asistencia a actividades formativas impartidas por la Administración autonómica, serían circunstancias a las que sólo habría lugar si efectivamente hubiera nacido una relación de servicio entre el reclamante y la Administración pública, lo que, hasta la fecha, no ha sucedido.

Además, la cuantía de las retribuciones a percibir y de las cotizaciones a ingresar, y la entidad de la formación a recibir dependería, obviamente, del propio periodo de vigencia de esa relación de servicio, que es imposible de determinar *a priori*, pues a lo que optaba –y opta– el interesado es a un puesto de trabajo temporal, carente de la naturaleza permanente inherente a la relación de servicio propia de los funcionarios públicos de carrera o al personal laboral fijo (cfr. arts. 8.2.c), 9.1 y 11.1 EBEP15, Estatuto básico del empleado público, Texto refundido aprobado por RD-Leg. 5/2015, de 30 de octubre).

5. En definitiva, el reclamante no está afirmando o acreditando un *lucro cesante*, sino solicitando que se le confiera un auténtico enriquecimiento injusto, pues pretende que se le abonen unas cantidades cuya obtención habría exigido, como presupuesto mínimo, la prestación de servicios para la Administración, y, además, que los hubiera estado desempeñando nada menos que hasta su jubilación.

Además, de aceptarse la petición indemnizatoria que el reclamante formula, se le estaría beneficiando con el evidente enriquecimiento injusto que entrañaría recibir una remuneración (y demás contrapartidas económicas) sin realizar a cambio los servicios que da lugar a ella.

En fin, así planteada, la petición indemnizatoria se adentra decididamente en el terreno de los sueños de ganancia y no puede ser acogida.

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la reclamación planteada por el interesado, porque no se aprecia que se le haya deparado una lesión antijurídica; y, además, por no estar acreditados los daños que el mismo estima padecidos.

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