



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 3 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de octubre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por N.D.P.M., por daños ocasionados como consecuencia de su exclusión de las listas de contratación para la vinculación temporal de personal a instituciones sanitarias del Servicio Canario de la Salud (EXP. 303/2016 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS) iniciado por N.D.P.M. en solicitud de una indemnización de 16.658 euros por los daños que alega que le ha irrogado la Resolución, de 27 de enero de 2014, del Presidente de la Mesa Insular de Contratación de La Palma que acordó incoarle un procedimiento para excluirlo de las listas de contratación para la vinculación temporal de personal a instituciones sanitarias del SCS, a N.D.P.M. y, suspender cautelarmente su inclusión en dicha lista.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

dispone la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

3. El reclamante, de acuerdo con el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud (EM), adquiere la condición de personal estatutario temporal, con categoría de Médico de Familia, adscrito a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, nombrado según se produzcan vacantes y conforme al número de orden con que figure en las listas de contratación establecidas por la Mesa Insular de Contratación. Por consiguiente, si no es contratado, no tiene la condición de personal estatutario temporal; es decir, no está ligado por una relación de servicios estatutaria con el SCS, sino que es un particular que ostenta un derecho a ser contratado en cuanto se produzcan vacantes. Esto implica que su reclamación no puede ser atendida por las vías que el ordenamiento del personal estatutario establece para las pretensiones de dicho personal frente al SCS y que se fundamenten en la relación estatutaria que mantienen con éste. Por ello, el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual es el adecuado para sustanciar una pretensión como la presente y N.D.P.M. está legitimado activamente para iniciarlo y el SCS está legitimado pasivamente frente a esa pretensión.

4. Para examinar si la reclamación se ha presentado dentro del plazo que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC, se ha de atender a los siguientes antecedentes:

a) La Resolución, de 27 de enero de 2014, del Presidente de la Mesa Insular de Contratación de La Palma. En ella se expresa que, atendiendo a las quejas de los usuarios sobre el trato que les había dispensado el médico de atención primaria N.D.P.M., éste podría haber incurrido en irregularidades en el desempeño de sus funciones que implicaran un trastorno al normal funcionamiento del servicio. Por ello se decidió iniciar un procedimiento para determinar la posible comisión de hechos por N.D.P.M. que podrían ser constitutivos de faltas de diferente graduación, en cuyo caso se le excluiría de las listas de contratación para la vinculación temporal de personal a instituciones sanitarias del Servicio Canario de la Salud. Como medida cautelar, se suspendió su inclusión en dicha lista.

b) Esta Resolución se le notificó al interesado el 10 de febrero de 2014.

c) La Resolución, de 1 de diciembre de 2014, de la Mesa Insular de Contratación, resolvió el procedimiento incoado por la Resolución, de 27 de enero de 2014. En ella se dice que los hechos que declara probados no constituyen incumplimiento de los

deberes recogidos en el art. 19 EM ni son subsumibles en ninguna de las faltas tipificadas en el art. 72 EM. Por ello concluye que no se han probado hechos por los que se pueda imputar a N.D.P.M. haber incurrido en irregularidades en el desempeño de sus funciones. En consecuencia acordó:

- El sobreseimiento y archivo de las actuaciones practicadas en el expediente tramitado a N.D.P.M. de exclusión de las listas de contratación para la vinculación temporal de personal o instituciones sanitarias del Servicio Canario de la Salud.

- Levantar la suspensión temporal en las listas de contratación a N.D.P.M., acordada durante la tramitación del expediente.

d) No consta en el expediente remitido la fecha en que se le notificó esta Resolución al interesado, pero fue en una fecha anterior al 4 de diciembre de 2014, porque el informe del Gerente de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, de 10 de julio de 2015, emitido en relación con el presente procedimiento, dice:

«Al notificarle el levantamiento de la suspensión cautelar, el interesado manifestó que se encontraba en situación de incapacidad temporal y que no podía trabajar (escrito de fecha 4 de diciembre de 2014 aportando parte de confirmación)».

e) El escrito de reclamación se presentó el 13 de mayo de 2015.

5. La propuesta de resolución argumenta que:

«“(...) la exclusión en la lista del interesado debe calificarse como daño duradero o permanente por cuanto se produjo en un momento inicial determinado aunque su efecto persistió en el tiempo. La exclusión del listado no es repetida en el tiempo, sino que se produce por un único acto.

Esa permanencia en el tiempo de los efectos de la inicial exclusión no puede llevar a calificar la situación como productora de daños continuados por cuanto que desde el mismo momento de la exclusión de la lista el reclamante tuvo conocimiento y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable”.

“(...) el interesado pudo haber formulado la reclamación desde el momento en que la Administración dejó de llamarle para ser contratado, circunstancia que se produce desde el día que se acuerda la notificación de la suspensión de la lista de contratación (...)”».

A partir de estas premisas, como el 10 de febrero de 2014 se le notificó al interesado la Resolución que lo excluyó temporalmente de las listas y como éste interpuso su reclamación el 13 de mayo de 2015, más de quince meses después, la propuesta de resolución concluye que ha prescrito el derecho a reclamar.

En apoyo de su argumentación dice:

«El Consejo Consultivo de Canarias, en reciente Dictamen nº 221/2016, de 8 de julio de 2016, se ha pronunciado en sentido favorable a la desestimación de una propuesta de resolución, por prescripción del derecho a reclamar, en un asunto similar al ahora planteado».

6. Nuestro análisis debe comenzar por advertir que el supuesto que abordó nuestro Dictamen 221/2016, de 8 de julio de 2016, fue diferente del presente. Allí se trataba de una persona que se había presentado a un proceso selectivo para la formación de listas de aspirantes a prestar servicios en las instituciones sanitarias del SCS, mediante nombramiento o contratación temporal. Las listas definitivas baremadas de aspirantes se publicaron en el año 1999 y en la de auxiliares administrativos no figuraba incluida la reclamante, la cual no las recurrió. El acto de aprobación de las listas definitivas baremadas fue el acto decisorio final de ese proceso selectivo y devino firme y consentido para la interesada, la cual, muchos años después, el 20 de mayo de 2011, presentó su escrito de reclamación. En cambio aquí no se reclama por los daños causados por un acto válido y firme, sino por los originados por una medida cautelar que se dirige a asegurar la eficacia del acto final decisorio del procedimiento en cuyo seno se ha adoptado. De ahí que la legalidad o antijuricidad de los perjuicios que irroga depende del sentido de dicho acto final. Hasta que no se adopte éste no se podrá establecer si esos perjuicios son antijurídicos. Sólo a partir de ese momento se consumará o no la lesión y, por ende, la fecha de notificación al interesado de ese acto final será el *dies a quo* del plazo para reclamar si resulta del contenido de aquél que los perjuicios que ocasionó eran antijurídicos.

En el presente caso la resolución del procedimiento se dictó el 1 de diciembre de 2014 y se notificó al interesado, en una fecha anterior al 4 de diciembre de 2014. El escrito de reclamación se presentó el 13 de mayo de 2015, es decir, poco más de cinco meses después; *ergo*, dentro del plazo que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC, por lo que no puede calificarse de extemporánea.

7. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente. Sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución, porque la Administración está obligada a resolver

expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

8. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten un Dictamen de fondo.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria es el siguiente:

a) N.D.P.M., de acuerdo con el art. 9.3 EM, adquiere la condición de personal estatutario temporal, con categoría de Médico de Familia, adscrito a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, nombrado según se produzcan vacantes y conforme al número de orden con que figure en las listas de contratación establecidas por la Mesa Insular de Contratación.

b) La mencionada Resolución de 27 de enero de 2014, le incoó un procedimiento disciplinario y como medida cautelar lo excluyó de las listas de contratación para la vinculación temporal de personal o instituciones sanitarias del SCS.

c) La citada Resolución de 1 de diciembre de 2014, resolvió el procedimiento declarando que los hechos probados no eran subsumibles en ninguna de las faltas tipificadas en el art. 72 EM y levantó la exclusión temporal de N.D.P.M. de las listas de contratación.

2. Con base en esos hechos N.D.P.M. solicita que se le indemnice con las retribuciones salariales dejadas de percibir en virtud del contrato o nombramiento al que habría sido llamado de no mediar la citada medida cautelar. Para la determinación de ese contrato señala el que le correspondió a la persona que le seguía inmediatamente en la lista de contratación.

III

1. El artículo 75.1 EM permite que, durante la tramitación de un procedimiento disciplinario por falta grave o muy grave o de un proceso judicial, se acuerde como medida cautelar la suspensión provisional de funciones del interesado mediante resolución motivada y por un período no superior a seis meses. Esta regulación coincide con la contenida en los arts. 90.4 y 98.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuando la misma se acuerde como consecuencia de un procedimiento sancionador.

Ni el EM, ni el EBEP, ni el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero) exigen para la adopción de esta medida la audiencia previa del interesado, con lo que se puede acordar la suspensión provisional de funciones en el mismo acto de incoación de un procedimiento disciplinario.

Esta medida cautelar, como señala el art. 98.3 EBEP, tiene como finalidad esencial, aunque no única, el asegurar la eficacia de la resolución final. Es una medida que «no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezca por resolución fundada en derecho y se base en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso» (STC 22/1985, de 15 de febrero). Su dictado antes de que se pruebe la responsabilidad del interesado no vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 de la Constitución, si tal suspensión responde a las propias exigencias del servicio público y la resolución en que se acuerde aparece fundada en Derecho, pues tales medidas no son, en sí mismas, sanciones, ni presuponen constatación o atribución de culpa alguna. Como es de carácter instrumental debe guardar proporción con la gravedad del hecho que la motiva, ya que es una medida extrema y excepcional, lo que implica la necesidad de su motivación y la razonabilidad de su adopción, para así posibilitar su control.

Esta medida:

a) Sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento sancionador incoado por órgano competente.

b) Debe estar motivada suficientemente.

c) Reviste un carácter excepcional derivado de la gravedad de los hechos que se imputan o porque la permanencia del funcionario en el desempeño ordinario de su puesto de trabajo constituya un obstáculo para la instrucción.

d) Se ha de contar, en el momento de su adopción, con los suficientes elementos de juicio, precisamente para poder emitir ese juicio de razonabilidad.

e) No debe causar perjuicios irreparables al funcionario ni violación de derechos amparados por las leyes.

2. De modo similar a como lo establece el art. 98.4 EBEP, el art. 75.2 EM dispone:

«Si el expediente no finaliza con la suspensión de funciones ni se produce la separación del servicio, el interesado se reincorporará al servicio activo en la forma en que se establezca en la correspondiente resolución y tendrá derecho a la percepción de las retribuciones dejadas de percibir, tanto básicas como complementarias, incluidas las de carácter variable que hubieran podido corresponder».

En el presente caso el procedimiento incoado concluyó que los hechos por los que se había incoado no constituían infracción disciplinaria alguna y levantó la exclusión temporal de N.D.P.M. de las listas de contratación. Esa exclusión temporal es una medida equivalente a la suspensión de funciones. Los perjuicios que se hayan causado a N. deben ser resarcidos de manera análoga a como el art. 75.2 EM prevé que sean indemnizados los causados por la medida cautelar de suspensión de funciones.

3. Está establecido en el expediente que, por orden de lista, de no haber mediado la exclusión temporal, a N. le habría correspondido ser contratado desde el 1 de febrero al 30 de junio de 2014. También está establecido documentalmente mediante los correspondientes partes de baja y alta de incapacidad temporal por contingencias comunes que desde el 6 de marzo de 2014 hasta el 2 de marzo del 2015 estuvo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y bajo la acción protectora de la Seguridad Social.

Las retribuciones que ha perdido en virtud de la exclusión temporal de la lista de contratación son las que debería haber percibido por el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 6 de marzo de 2014.

Según el certificado del jefe de sección de nóminas de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, obrante al folio 37 del expediente y emitido a solicitud del instructor del procedimiento, un personal estatutario temporal de la categoría de médicos de familia, en el caso de haber prestado sus servicios para dicha Gerencia, habría percibido una retribución mensual bruta en el año 2014 de 3.961,99 euros.

Esa cifra determina que ascienda a 5.282,59 euros la cuantía de las retribuciones que ha dejado de percibir el interesado por el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 6 de marzo de 2014, cantidad que debe incrementarse con la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de vacaciones correspondiente a dicho periodo y actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, dada la demora en resolver (art. 141.3 LRJAP-PAC).

C O N C L U S I O N E S

1. El derecho a reclamar del interesado no está prescrito, por lo que no es conforme a Derecho que la propuesta de resolución desestime la reclamación por extemporánea.

2. Existe nexo causal entre la exclusión temporal de la lista de contratación y el daño alegado. El reclamante debe ser indemnizado conforme a lo razonado en el Fundamento III.3 de este Dictamen.