

Expediente Núm. 338/2010
Dictamen Núm. 342/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 23 de noviembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la anulación de su nombramiento como funcionaria de carrera.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 31 de marzo de 2010, la reclamante presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de de responsabilidad patrimonial en la que refiere que, previa convocatoria y posterior realización del correspondiente proceso selectivo, “por resolución de la Alcaldía de 26 de septiembre de 2007 se produce su nombramiento como funcionaria en prácticas en la plaza de administrativo en turno de promoción interna, siendo mediante resolución de

28 de noviembre de 2007 cuando se le nombra funcionaria de carrera con efectos a partir de 1 de diciembre de 2007”.

Indica que “tras ser estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto” por otra aspirante “contra la resolución del proceso selectivo (...) por no ser ajustado a derecho, y solicitando que se declare su derecho a obtener la máxima puntuación en el apartado de formación de la fase de concurso y a obtener una puntuación parcial por la respuesta dada a la pregunta nº 25 de las que conformaron el segundo ejercicio de la fase de la oposición, se derivan una serie de consecuencias en el cómputo general”, haciendo que la ahora reclamante “decaiga de la propuesta de nombramiento como administrativa”.

Expone que el 15 de diciembre de 2009 le notifican la Resolución por la que se ejecuta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 29 de mayo de 2009, de la que se derivan los hechos anteriores, por lo que, “tras haber aprobado la oposición, haber sido nombrada como funcionaria de carrera, haber superado la fase de prácticas y haber ejercido dicho puesto durante dos años (...), es depuesta del cargo, por causas ajenas a ella. Este cambio supone una diferencia salarial bruta mensual de 269,90 € entre el sueldo de administrativo y el de auxiliar administrativo”.

Concreta los daños sufridos en “remoción de la plaza de funcionario obtenida (...), con el consiguiente daño moral derivado del cambio de situación laboral por otra de precariedad, al menos en términos absolutos, debido a que por lo menos conservaba su anterior puesto de auxiliar administrativo. Este cambio ha producido un daño psíquico que incluso ha podido trascender al ámbito familiar, creando una situación incómoda en el ámbito personal que no tenía el deber de soportar./ Por otra parte, ha provocado la imposibilidad de optar a otras convocatorias de oposiciones publicadas durante el periodo en el que (...) estuvo desempeñando el puesto de administrativo, limitándole su derecho a la carrera profesional” lo que le ha supuesto “un daño moral valorado en 30.000 €./ También ha supuesto un menoscabo económico resultado de la diferencia salarial anteriormente mencionada, produciendo una disminución de

su poder adquisitivo./ En concepto de ganancias dejadas de percibir (...) solicita una indemnización de 50.000 €. Dicha cantidad ha sido calculada en función de la diferencia de retribución mensual existente entre su puesto de administrativo y el de auxiliar administrativo desde su cese el 1 de enero de 2010 hasta dentro de 10 años y actualizada con el IPC”.

Tras anudar causalmente el hecho dañoso descrito con el actuar de la Administración frente a la que se reclama, y consignar la concurrencia de la totalidad de los requisitos que legal y jurisprudencialmente determinan la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, finaliza su escrito solicitando “el reconocimiento del derecho (...) a ser indemnizada” con la cantidad de ochenta mil euros (80.000 €) “por los daños sufridos como consecuencia de la anulación del acto administrativo”. Se adjuntan a la reclamación dos nóminas de la interesada, una de las cuales corresponde al mes de noviembre de 2009, en la que figura como puesto de trabajo “administrativo”, y la otra al mes de enero de 2010, constando como puesto de trabajo “auxiliar administrativo”.

2. Los días 14 de mayo y 1 de julio de 2010, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón solicita al Servicio de Personal los antecedentes precisos en orden al análisis de la reclamación planteada. El Servicio de Personal da cumplimiento a lo interesado el 12 de julio de 2010.

3. Con fecha 20 de julio de 2010, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales solicita al Servicio de Personal un informe sobre la reclamación planteada. En él, suscrito por la Jefa del Servicio de Relaciones Laborales el día 2 de agosto de 2010, se señala que este Servicio “considera que el presente asunto no es un caso de aplicación de una mera potestad reglada en la que mediante la aplicación de datos objetivos hubiera podido declararse un derecho preexistente, sino que el origen del daño ocasionado” a la ahora reclamante lo es como consecuencia del recurso interpuesto por otra empleada municipal

“con ocasión de la interpretación que el Tribunal de Selección de 20 plazas de Administrativo convocadas en promoción interna (...) hizo de las bases de la convocatoria, así como de la puntuación que finalmente otorgó” a esta empleada (...) en una pregunta (nº 25) del segundo ejercicio del proceso selectivo”.

Planteada la reclamación de responsabilidad patrimonial en estos términos, la Jefa del Servicio de Relaciones Laborales relata la secuencia de hechos acaecidos a partir del momento en que por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se dispuso la anulación de los actos de la Administración frente a la que se reclama que determinaron el nombramiento, finalmente anulado, de la ahora reclamante. En este sentido, comienza por mencionar que “planteado el recurso vía judicial, se estiman las pretensiones” de la reclamante, tanto en primera como en segunda instancia (Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Gijón de 17 de diciembre de 2008 y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de mayo de 2009) indebido a “la inadecuada interpretación del Tribunal de Selección en la fase de concurso, según reza la sentencia de primera instancia: ‘al introducir un criterio de valoración no amparado por la discrecionalidad técnica del tribunal, no previsto en las bases de la convocatoria’ (el tribunal había acordado no valorar los cursos de formación repetidos). Y por no haber otorgado el Tribunal de Selección ‘alguna puntuación’ a la pregunta 25 del segundo ejercicio, ya que al haber contestado el Tribunal de Selección que ‘la actora (...) no ha demostrado que su contestación es totalmente correcta’, consideraba el órgano judicial que le correspondía al menos una puntuación parcial a dicha pregunta”.

Añade que, en ejecución de los pronunciamientos judiciales antedichos, por Resolución del Concejal Delegado de la Alcaldía de 14 de julio de 2009, notificada a la ahora reclamante el 28 de julio de 2009, se dispone “convocar al Tribunal de Selección (...) para que proceda a otorgar a la aspirante recurrente (...) la máxima puntuación (4 puntos) establecida en el apartado de formación A.2 de la fase de concurso, así como una puntuación parcial por la respuesta

dada a la pregunta nº 25 del segundo ejercicio de la fase de oposición, y con los resultados obtenidos”, tanto en la fase de concurso como en la fase de oposición, “formule la correspondiente propuesta de nombramiento, por orden de clasificación definitiva de aquellos aspirantes que mayor puntuación final han obtenido en el proceso selectivo (...). Convocado el Tribunal de Selección en cumplimiento de lo dispuesto en vía judicial, resultó que finalmente la plaza de administrativo se le adjudicó” la recurrente “téngase en cuenta que entre ambas aspirantes mediaban tan solo unas centésimas de puntos), decayendo en dicha plaza” la ahora reclamante “con efectos de 1 de enero de 2010 (en ningún caso se requirieron las remuneraciones percibidas desde 2007 como administrativa, ya que se hubiera tratado de un acto de ‘enriquecimiento injusto’ por parte de la Administración)”.

Se adjunta a este informe una copia de la Resolución del Concejal Delegado de la Alcaldía de 27 de noviembre de 2009, notificada a la ahora reclamante el día 15 de diciembre de 2009, por la que, en cumplimiento de lo actuado, se acuerda “declarar la nulidad parcial de la Resolución de la Alcaldía de 28 de noviembre de 2007 en el apartado en que se nombra funcionaria de carrera Administrativa”, entre otras, a la ahora reclamante, “por cuanto la citada funcionaria decae finalmente de la propuesta de superación del proceso selectivo, y en consecuencia se anula su toma de posesión de 1 diciembre de 2007 en la plaza de administrativo, deviniendo en consecuencia con fecha de 1 de enero de 2010 como auxiliar administrativo”.

Respecto a la invocación realizada por la reclamante de que la anulación del nombramiento le “ha provocado la imposibilidad de optar a otras convocatorias de oposiciones publicadas durante el periodo en el que (...) estuvo desempeñando el puesto de administrativo, limitándole su derecho a la carrera profesional, subraya la Jefa de Relaciones Laborales que, “aunque efectivamente durante la OEP 2007 (plazo de instancias del 7 al 26 de marzo de 2008)” la interesada “no tuvo opción a presentarse a las plazas de administrativo convocadas, puesto que en esas fechas su plaza era de administrativo y no había sentencia dictada (...), su derecho a la carrera

profesional no está limitada, por cuanto en la OEP 2008/2009, como ya ha quedado dicho en otro informe, está pendiente de abrir plazo para la convocatoria de 24 plazas de administrativo en promoción interna, a las que puede presentarse”.

4. El día 20 de agosto de 2010, la perjudicada presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que solicita que se dicte resolución expresa en relación con la reclamación presentada, y de manera subsidiaria que “le sea expedido certificado acreditativo del silencio producido”.

5. Con fecha 25 de agosto de 2010, por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón se acuerda admitir la prueba documental incorporada por la reclamante a su escrito inicial.

6. Mediante escrito notificado a la interesada el día 2 de septiembre de 2010, se pone en su conocimiento la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. Esta comparece el día 8 de octubre de 2010 en las dependencias municipales y solicita una copia de determinada documentación, que le es facilitada el día 21 de octubre de 2010.

7. El día 23 de noviembre de 2010, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “ teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que en supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de la anulación de actos en vía judicial se han analizado, en relación con los fundamentos de las sentencias dictadas en la impugnación de la plaza de administrativo, y que han de ser tenidos en cuenta para la resolución de la presente petición, se considera que existe una responsabilidad patrimonial, toda vez que el tribunal calificador alteró las normas regladas” de la convocatoria, como expresamente señalan tanto la sentencia de primera instancia como la del

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “y por lo tanto subsumible en los supuestos de posible responsabilidad patrimonial”.

Sin perjuicio de esta primera conclusión, y de ahí el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, estima que, aun considerando que existe una responsabilidad patrimonial por los motivos expuestos (...), se ha de analizar si se cumplen el resto de requisitos exigidos en materia de responsabilidad patrimonial, y en concreto los relativos al daño alegado, y analizar si la cuantía solicitada está acreditada. Es necesario, pues, que se acredite el daño mediante una prueba suficiente, la cual pesa sobre el reclamante. Por otro lado, el daño ha de ser efectivo, entendiendo por tal el daño cierto, ya producido, no simplemente posible contingente hipotético o futuro, no bastando en definitiva la mera frustración de una expectativa, un daño real”. En este sentido, y tras cita de jurisprudencia al respecto, concluye que en el presente supuesto, y a la vista de los diferentes daños cuya indemnización postula la reclamante, “aunque exista una lesión antijurídica, no existe un daño evaluable ni cuantificable”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de noviembre de 2010, registrado de entrada el día 29 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa la procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo

18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado el acto del que la reclamante hace derivar los efectos lesivos cuya indemnización pretende no es otro que la Resolución del Concejal Delegado de la Alcaldía de 27 de noviembre de 2009, por la que se declara la nulidad parcial de la anterior Resolución de la Alcaldía de 28 de noviembre de 2007 en el apartado en que se la nombra funcionaria de carrera administrativa, fijando los efectos de tal declaración de nulidad con fecha 1 de enero de 2010. Así las cosas, habiendo sido presentada la reclamación el día 31 de marzo de 2010, ha de concluirse que la misma fue formulada dentro del año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las

Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado pro Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Finalmente, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “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 su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser

efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Es objeto de nuestro análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada reclama al Ayuntamiento de Gijón una indemnización total de 80.000 euros, de los que 30.000 € lo son en concepto de

daño moral y 50.000 € en concepto de ganancias dejadas de percibir en un horizonte temporal que sitúa en los próximos diez años; importe este en el que cuantifica los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del cese acordado como funcionaria de carrera administrativa.

Tal y como se relata en los antecedentes de este dictamen, dicho cese se produjo como consecuencia de la Resolución, de 15 de diciembre de 2009, del Concejal Delegado de la Alcaldía que anula parcialmente la Resolución de 28 de noviembre de 2007 en el apartado relativo al nombramiento como funcionaria de carrera administrativa de la hora reclamante. Dicha nulidad deriva del nuevo acuerdo adoptado por el Tribunal de Selección reunido en ejecución de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Gijón de 27 de diciembre de 2008, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que declaró la nulidad de la Resolución del Concejal Delegado de la Alcaldía, de 25 de septiembre de 2007, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto por otra aspirante contra la resolución del proceso selectivo de las plazas de administrativo en turno de promoción interna.

A este respecto, el artículo 142.4 de la LRJPAC establece que la “anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos (...) no presupone derecho a la indemnización”. Del tenor literal del citado precepto se desprende que del hecho cierto de la invalidación de un acto administrativo no cabe presuponer sin más la existencia de una responsabilidad objetiva y directa a la que deba hacer frente la Administración autora del acto invalidado, sino que incluso en este supuesto el éxito o el fracaso en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial vendrá determinado por la concurrencia o no de la totalidad de los requisitos establecidos con carácter general al efecto, y que hemos dejado consignados en la consideración anterior. Por ello, resulta necesario determinar en este supuesto, como presupuesto necesario, la existencia de un daño real, efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y que reúna, además, la nota de la antijuricidad.

En atención a las circunstancias presentes en este caso, cabe concluir que tales condiciones no se cumplen. Por una parte, alega la reclamante un daño moral derivado de un daño psíquico atribuido a su nueva situación profesional como consecuencia del cese, sin aportar un informe médico ni ningún otro medio de prueba que acredite sus manifestaciones, por lo que no puede entenderse como existente a los efectos de la reclamación de responsabilidad patrimonial. También considera como daño moral la pérdida de oportunidad de presentarse a otras convocatorias de oposiciones publicadas durante el periodo en el que estuvo desempeñando el puesto de administrativo, daño este que debe reputarse como hipotético, y por tanto cuya realidad y efectividad tampoco habrían quedado demostradas. Finalmente, reclama por los perjuicios económicos derivados de la diferencia salarial, durante diez años, entre el puesto de administrativo y el de auxiliar administrativo. Este daño, además de hipotético en su cuantía, no reúne los requisitos exigidos para la reclamación de responsabilidad patrimonial, dado que no cabe apreciar pérdida económica alguna en la percepción del salario correspondiente al puesto que realmente desempeñe con arreglo a Derecho, ya que ha quedado sentado judicialmente que la reclamante no ostenta derecho alguno al desempeño de un puesto de administrativo.

En efecto, incluso demostrada la efectividad de un daño a la interesada, tal lesión no cumpliría el requisito imprescindible de la antijuridicidad. Del cese en su condición de funcionaria de carrera administrativa no pueden dimanarse daños para la reclamante que no tenga la obligación de soportar, dado que, conforme al ordenamiento jurídico, no ostenta ningún derecho sobre la plaza de la que es finalmente removida. Siendo cierto que la interesada participó en un procedimiento selectivo de promoción interna, no lo es menos que esa participación no le otorga, por sí misma, ningún derecho a ser nombrada, sino una expectativa, en igualdad de condiciones, al resto de los aspirantes que hubieren concurrido en el mismo proceso. Tal y como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el proceso selectivo se concibe como “un procedimiento complejo, integrado por varias fases o etapas que se suceden en

el tiempo, dependiendo las posteriores de lo resuelto en las anteriores” (Sentencia de 17 de julio de 2006 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª-), de modo que, “hasta que no finaliza, no genera en los aspirantes derechos subjetivos sobre las plazas convocadas” (Sentencia de 7 de mayo de 2008 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª-).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.