

Expediente Núm. 61/2012
Dictamen Núm. 170/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 14 de junio de 2012, 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 V. E. de 20 de marzo de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios atribuidos a un concurso de méritos cuya convocatoria resultó parcialmente anulada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 4 de enero de 2011, la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito, dirigido a la entonces Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, mediante el cual formula reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños derivados de la anulación de la Resolución de 23 de octubre de 2008,

por la que se convocó concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Principado de Asturias.

La interesada relaciona y cita en extracto los pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en los que se fundamenta la reclamación planteada, así como los actos de la Administración dictados en ejecución de los mismos. Menciona, así, la Sentencia 355/2009, de 4 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo; la Sentencia 160/2010, de 21 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que desestimó el recurso de apelación presentado por la Administración del Principado de Asturias frente a la anterior; el Auto de 4 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que, según indica, desestimó un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, y el Auto de 26 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, dictado en ejecución de la Sentencia 355/2009, de 4 de noviembre. Señala, asimismo, que “la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno dictó Resolución de 24 de noviembre de 2010 disponiendo la ejecución de la Sentencia del Juzgado Contencioso N.º 5, que fue comunicada a dicho Juzgado y publicada” en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de “27 de noviembre de 2010”.

Tras consignar el fundamento legal de la reclamación de responsabilidad patrimonial que se formula al objeto de ser indemnizada “por el lucro cesante” y “los daños y perjuicios, incluidos los morales, que se (le) han producido”, indica que, “dada mi situación de libremente designada en comisión de servicios (...), hube de dejar mi puesto con efectos de 10 de noviembre de 2009, sin llegar a completar un año que sí hubiera completado de haberme mantenido” en él, “por lo que he sufrido y sufriré los siguientes daños y perjuicios (...), además de la pérdida económica en mis nóminas y disminución de cotizaciones a la Seguridad Social (...), a la hora de valorarme los méritos específicos para la siguiente convocatoria del concurso me encuentro que estoy en inferioridad de

condiciones, puesto que tengo menos méritos que los que han obtenido la plaza en el concurso anulado, ya que (a) ellos se les contará todo el tiempo que ocupen el puesto hasta que se convoque el nuevo concurso y finalice el plazo de presentación de instancias"; tampoco "puedo moverme de mi puesto base a otros que tengan algún tipo de complemento", pues "no se están convocando, y mi grado personal no será valorado como si estuviese en comisión de servicios, es decir grado 16 C, sino que se me valorará desde mi actual grado 13, lo que supondrá aún una mayor diferencia de puntos en el futuro concurso".

Finaliza solicitando que se la "indemnice en la cantidad que, efectuando provisionalmente un cálculo prudencial, estimo en (...) siete mil quinientos euros (...), y que se cotice por la Administración por la recurrente todo el tiempo y la cuantía correspondiente al grado 16 C de la Jefatura de Negociado que ocupaba y de la que sin culpa alguna" se ha "visto privada injustificada y anticipadamente".

En el mismo escrito la reclamante autoriza al abogado de una organización sindical "a recoger documental, presentar escritos y reclamaciones actuando en mi nombre en vía administrativa ante la Administración del Principado".

2. El día 17 de enero de 2011, el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico y Normativa de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación. En el mismo escrito se le advierte de que "solicita indemnización por 'lucro cesante' sin especificar la ganancia que por derecho había de percibirse, así como por 'daños y perjuicios', incluso morales, también sin concretar ni aclarar cuáles son esas lesiones", haciéndole saber que no señala los medios de prueba de los que pretende valerse. Se añade que "la cuantificación de la indemnización solicitada en 7.500 euros se formula sin aportar el necesario soporte lógico y material", por lo que se la requiere para completar la misma "en la cuenta desglosada

justificativa de los gastos incurridos o detrimentos habidos”, detallándose “el origen, naturaleza y coste de cada una de las partidas objeto de eventual indemnización”. Asimismo, se le advierte de que de no efectuar la subsanación y aportación de documentación omitida en un plazo de 10 días hábiles se le tendrá por desistida de su petición.

Con fecha 25 de enero de 2011, el representante designado por la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que manifiesta “que sorprende a esta parte que contando la Administración con todas las nóminas y la completa historia de mi representada como funcionaria reclame documental que obra en su poder acreditando perjuicios de los que es perfectamente conocedora”. No obstante lo anterior, aporta una copia de la nómina de la misma del mes de octubre de 2009 y otra del mes de mayo de 2010, así como una hoja de cálculo de los perjuicios causados, solicitando que “se tenga por evacuado el trámite y debidamente justificados y acreditados los 7.500 € de indemnización, conforme a la hoja de cálculo adjunta, o, subsidiariamente, manteniendo la indemnización reclamada respecto a la aminoración de (...) emolumentos y demás daños y perjuicios”, se “cotice (...) a la Seguridad Social por las cantidades y periodos indicados” en ella. En la hoja de cálculo se desglosa la indemnización solicitada del siguiente modo: retribuciones, 4.370,52 €; Seguridad Social a cargo de la empresa, 1.031,44 €; Seguridad Social a cargo del trabajador, 205,41 €, y daños, 1.892,63 €.

3. Mediante Resolución de 8 de febrero de 2011, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, se incoa el procedimiento de responsabilidad patrimonial y se designa instructor.

El día 15 de marzo de 2011, el Instructor del procedimiento notifica a la reclamante dicha resolución y pone en su conocimiento que aquel se tiene por iniciado desde la fecha en que se presentó la reclamación, indicándole que transcurridos seis meses sin que haya recaído resolución expresa se entenderá

que esta es contraria a la indemnización, así como la posibilidad de presentar alegaciones.

4. Con fecha 16 de febrero de 2011, el Instructor del procedimiento solicita a la Dirección General de la Función Pública un informe sobre el asunto.

Emitido este el día 8 de marzo de 2011 por el Coordinador de Personal Funcionario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Administración de Personal, se hace constar en él que la reclamante estuvo adscrita en comisión de servicios a un puesto de Jefe de Negociado de Difusión desde el 5 de mayo de 2008 hasta el 9 de noviembre de 2009, fecha de publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de la Resolución de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, por la que se adjudicaron con carácter definitivo los puestos de trabajo convocados para su provisión entre funcionarios por Resolución de 23 de octubre de 2008, y la identidad de la adjudicataria del puesto que venía desempeñando la reclamante.

Expone que las bases del concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo habían sido objeto de recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 4 de noviembre de 2009, que lo estimó parcialmente y declaró disconforme a derecho la base 4.3 de la convocatoria "en el particular relativo a la valoración de los méritos específicos, en cuanto se limita a la experiencia adquirida con posterioridad al 1 de enero de 1998, con el límite máximo de un año". Esta sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el 21 de junio de 2010.

Señala que por Resolución de 24 de noviembre de 2010, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 27 de noviembre de 2010), se dispuso la ejecución de la sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de

Oviedo y, en su virtud, se acordó “mantener en el desempeño provisional de los puestos afectados a los que habían sido adjudicatarios hasta que se resuelva el procedimiento que, en ejecución de sentencia, se convoque de nuevo”.

El informe también indica que con efectos de 10 de noviembre de 2009 la ahora reclamante se había reincorporado al puesto de auxiliar administrativa del que es titular.

Considera el informante que de “la reclamación presentada por la interesada se infiere que el acto administrativo como consecuencia del cual se ha producido el supuesto daño alegado es la convocatoria y posterior resolución del concurso objeto de anulación por sentencia judicial. Precisamente esa anulación es lo que permite a la interesada volver a participar en el concurso que se convoque en ejecución de sentencia y, por ende, tener la oportunidad de resultar adjudicataria. De hecho, la conformidad judicial de la legalidad del acto administrativo de convocatoria del concurso en el que participó hubiera supuesto un perjuicio para la interesada, en el sentido de que se hubiera consagrado en sede jurisdiccional la legalidad de las bases de un procedimiento en el que ha participado sin resultar nombrada para el puesto solicitado. Así pues, *prima facie*, encontramos una actuación administrativa que en relación con la interesada no es posible predicar su carácter dañoso”. Añade que la anulación por parte de los órganos jurisdiccionales de la controvertida base pone de relieve que la misma beneficiaba de manera clara a la ahora reclamante, lo que, a juicio del funcionario informante, demuestra “la inconsistencia de la reclamación, basada en una sentencia anulatoria de un acto administrativo que en el caso concreto de la interesada ha resultado beneficiada en su aplicación: obtuvo una puntuación superior a la adjudicataria en aplicación de la base anulada por decisión jurisdiccional”.

Estima que no concurre en la reclamación formulada el requisito de que el daño cuya indemnización se pretende sea “efectivo y real”, y ello desde la consideración del carácter provisional del régimen de la comisión de servicios del puesto que venía desempeñando la reclamante, concluyendo, a estos

efectos, que “se quiere poner de manifiesto la no concurrencia del requisito de la efectividad del daño económico, lo cual deja fuera de juego el principio de evaluabilidad, y es que la naturaleza excepcional, provisional y discrecional de la comisión de servicios no permite sostener que la interesada hubiera permanecido en el puesto que venía desempeñando en comisión de servicios en el caso de que el mismo no hubiera sido adjudicado en el procedimiento provisorio anulado en una de sus bases. Estamos, pues, ante una hipótesis incompatible con la efectividad, evaluabilidad e individualidad propias del daño indemnizable”.

En el análisis de la necesaria antijuridicidad del daño que se dice sufrido, considera que el hecho de que la base anulada se refiera a una parte de la puntuación total y no a las bases en su conjunto “pone de relieve que estamos ante un acto administrativo que, si bien ha sido declarado ilegal por contradicción de una parte de su contenido con la legislación aplicable, no puede ser calificado como falto de razonabilidad o motivación suficiente para enervar el deber jurídico de soportarlo” de la reclamante. Añade que el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 26 de noviembre de 2010 estima que la decisión adoptada por la Administración de mantener en el desempeño provisional de los puestos afectados a los que habían sido adjudicatarios hasta que se resuelva el procedimiento que, en ejecución de sentencia, se convoque de nuevo “es una decisión lógica y congruente con la finalidad de la sentencia y la tutela de los derechos de parte de las víctimas del procedimiento. Así, la sentencia se satisface con el ‘cese de los adjudicatarios’ en el ‘destino definitivo’ obtenido por las bases ilegales, pero nada impide que se les adjudique ‘destino provisional’, pues hay que tener muy presente que pudiera darse el caso de aspirantes que, tanto bajo el baremo ilegítimo como bajo un baremo legal, podrían haber obtenido finalmente y en todo caso el mismo destino”.

5. El día 8 de junio de 2011, el Instructor del procedimiento solicita a la Dirección General de la Función Pública un nuevo informe sobre la reclamación planteada, centrado en este caso en la valoración económica del daño que aduce la reclamante.

El informe requerido es evacuado el 15 de diciembre de 2011 y en él se hace constar que las diferencias retributivas alegadas por la interesada para el periodo por la misma considerado se elevarían a 4.305,65 €, mientras que “el importe de las cuotas de empresa que se habrían dejado de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social asciende a la cuantía de 1.054,72 €”.

6. Mediante escrito de 22 de noviembre de 2011, la Coordinadora de Régimen Jurídico y Normativa traslada a la reclamante la Resolución del Consejero de Hacienda y Sector Público de 16 de noviembre de 2011, por la que se designa una nueva instructora del procedimiento, “habida cuenta (de) la reorganización administrativa derivada del (...) Decreto 12/2011, de 16 de julio, del Presidente del Principado de Asturias”.

7. Con fecha 5 de enero de 2012, el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería de Hacienda y Sector Público comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de diez días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en él.

Dentro del plazo concedido al efecto -el 12 de enero de 2012- comparece en las dependencias administrativas el abogado designado por la interesada, quien solicita copia de determinada documentación, “y ello con suspensión del plazo para hacer alegaciones, y de no efectuarse nuevas dando en cualquier caso por reproducidas las ya presentadas y por reiterada nuestra solicitud de responsabilidad patrimonial en cada uno de los expedientes indicados, siguiendo adelante con (su) tramitación”. La documentación solicitada es facilitada el día 25 de enero de 2012, según consta en la diligencia obrante en el expediente.

8. El día 24 de febrero de 2012, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, haciendo suya la argumentación contenida en el informe del Coordinador de Personal Funcionario.

Estima que la reclamante no era titular de ningún derecho subjetivo a la permanencia en la Jefatura de Negociado porque su adscripción al puesto era excepcional y provisional; que, según el Auto de 26 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, “de la recta ejecución del fallo no se deriva en modo alguno (...) el derecho de los cesados a reintegrarse a sus puestos de origen”, y que la decisión de mantener a los adjudicatarios provisionalmente en el destino “es una decisión lógica y congruente con la finalidad de la sentencia y la tutela de los derechos de parte de las víctimas del procedimiento”. Concluye que la reclamante debía soportar el cese en la Jefatura de Negociado y sus consiguientes efectos y que la disminución salarial y demás conceptos reclamados no pueden reputarse como daño o lesión indemnizable, sino que derivan de la prestación de servicios en condiciones de trabajo menos exigentes. Cita la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo de 25 de mayo de 2011, recaída en un procedimiento en el que se ventiló la legalidad del cese de una funcionaria por adjudicación del puesto en el concurso de méritos controvertido, según la cual “el hecho de que el concurso de méritos se haya visto anulado (...) no se estima otorgue derecho a la actora a obtener la anulación del acto” administrativo “impugnado, puesto que, con independencia de que hubo efectiva incorporación de funcionario de carrera, y que por tanto dicho cese era imperativo, la consecuencia de la anulación de dicho concurso daría lugar en su caso a que, por no ostentar el mejor derecho la adjudicataria, resultase entonces adjudicado a otra persona que tomase parte en dicho concurso, pero en ningún caso a la actora./ En segundo lugar, no se aprecian elementos de juicio que permitan considerar que el cese producido haya lesionado el principio

de indemnidad al que se alude en la demanda, pues lo cierto es que el cese aparece ligado a la incorporación a su puesto de trabajo de personal (...) funcionario de carrera”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de marzo de 2012, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Hacienda y Sector Público, 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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), 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.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de enero de 2011, habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 27 de noviembre de 2010 la Resolución (de 24 de noviembre de 2010), de la entonces Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, por la que se dispone la ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, por la que se anulaba un apartado de una de las bases del concurso de méritos, por lo que es claro que la acción se ejercita dentro del plazo de un 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 por Real 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, 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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de indemnización de daños anudados al cese en el desempeño de un puesto de trabajo.

Resulta del expediente el cese, el día 9 de noviembre de 2009, de la interesada en el desempeño, en comisión de servicios, de un puesto de Jefe de Negociado adjudicado, previo concurso de méritos, a otra funcionaria por Resolución de 23 de octubre de 2009, así como la anulación de la base 4.3 del concurso por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 4 de noviembre de 2009, que fue confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 21 de junio de 2010.

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 verificar también en este caso la existencia de un daño real, efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y que reúna, además, la nota de la antijuridicidad.

Por lo que al daño se refiere, consta que tras el cese la interesada pasó a desempeñar un puesto de trabajo de nivel inferior, con la consiguiente reducción de sus retribuciones. De tal hecho, la reclamante deduce la pretensión de que ha experimentado una merma en sus ingresos y que debería ser indemnizada por la diferencia retributiva entre ambos puestos durante el periodo que la propia interesada fija entre la fecha del cese y la fecha en la que presenta la reclamación.

En vía de principio, no debemos considerar indubitado que la falta de percepción de las retribuciones correspondientes a un puesto que no se ha desempeñado efectivamente pueda concebirse como daño, o que su cuantía total pueda exigirse como pérdida económica real; pero es innegable que, desde un punto de vista estrictamente monetario, de haberse mantenido en el desempeño de un puesto de superior nivel habría percibido mayores retribuciones.

Ahora bien, para que el total de esa merma de retribuciones constituya un daño efectivo, en los términos legalmente exigibles, tendría que acreditarse por la reclamante -y no se ha hecho- que de no haberse producido la anulación que invoca habría mantenido la percepción de mayores retribuciones hasta la actualidad (en el periodo de tiempo que la misma interesada acota y por el que cuantifica el daño cuya indemnización reclama).

Al respecto conviene recordar, como hace la extensa y razonada propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, que la interesada no ostentaba un derecho al desempeño del puesto de Jefe de Negociado del que haya sido privada en forma declarada ilegal, que el desempeño de un puesto en comisión de servicios -como era el caso- está sujeto a las notas de excepcionalidad y provisionalidad definidas por la ley y, en último caso, que el fallo de la sentencia por ella invocada no conlleva, como

más adelante examinaremos, el derecho de la funcionaria cesante, ahora reclamante, por el nombramiento de otra (que obtuvo el puesto en el concurso cuyas bases fueron parcialmente anuladas), a reintegrarse en su puesto de origen.

A mayor abundamiento, hemos de tener presente que en el informe del Servicio de Administración de Personal de 8 de marzo de 2011 se da cuenta del hecho de que, en el concurso de referencia, la interesada no resultó adjudicataria de la Jefatura de Negociado que venía desempeñando en comisión de servicios porque obtuvo una puntuación total inferior a la de la aspirante que resultó adjudicataria (8,268 puntos frente a 16,763), y ello a pesar de que la reclamante "obtuvo una puntuación superior a la adjudicataria en aplicación de la base anulada por decisión jurisdiccional".

En suma, no consideramos que el daño alegado reúna la nota de efectividad que es exigible, y esta ausencia constituye título suficiente para desestimar la reclamación.

Ahora bien, aunque entendiéramos que estamos en presencia de un daño real y efectivo no podría estimarse que ese daño fuera antijurídico, pues concurren varias circunstancias por las que la interesada estaría obligada a soportarlo.

En efecto, la reclamante había sido adscrita a la Jefatura de Negociado en comisión de servicios. Sobre este particular, el artículo 81.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, permite la provisión de puestos de trabajo con carácter provisional, "debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación". Por su parte, la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, establece en el artículo 52.1 que "los puestos de trabajo vacantes cuya provisión sea considerada de urgente o inaplazable necesidad podrán ser cubiertos provisionalmente (...), durante un tiempo máximo de dos años, en el caso de que se trate de puestos vacantes", y en el artículo 53.1 que la

“provisión de puestos de trabajo vacantes cubiertos provisionalmente deberá ser convocada, al menos, cada dos años”. En este marco legal, la interesada asumió la provisionalidad de la adscripción al incorporarse al puesto de trabajo.

La publicación, en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 9 de noviembre de 2009, de la Resolución de 23 de octubre de 2009, por la que se adjudicó el puesto desempeñado temporalmente por la interesada, suponía la extinción de la comisión de servicios por cumplirse el término final de la misma, y llevaba aparejado su cese.

La anulación por sentencia judicial de un apartado de una de las bases del concurso de méritos no conllevaba la anulación del cese de la ahora reclamante, y así lo entendió la Resolución de 24 de noviembre de 2010 por la que se dispuso la ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 4 de noviembre de 2009. En el apartado tercero de dicha resolución se decidió mantener en el desempeño provisional de los puestos afectados a los que habían sido sus adjudicatarios en el concurso. Según consta en los informes obrantes en el expediente, esta decisión se consideró lógica y congruente con la sentencia que se ejecutaba por el Auto de 26 de noviembre de 2010, dictado en incidente de ejecución de la misma, que especifica que del fallo no se deriva el derecho de los cesados a reintegrarse en sus puestos de origen, como persigue la reclamante; pretensión que se revelaría como presupuesto jurídico imprescindible para apreciar la concurrencia de una lesión indemnizable.

En suma, consideramos que no concurre un daño real y efectivo y que el alegado no resulta antijurídico en los términos que hemos dejado expuestos, lo que hace innecesario extender nuestro razonamiento al análisis de la “índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles”, que es objeto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se contiene, entre otras, en la Sentencia de 16 de febrero de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), que cita anteriores pronunciamientos del mismo Tribunal y ha sido reproducida en otras posteriores. Por tanto, no

estimamos preciso efectuar un juicio adicional acerca de si “la actividad administrativa cuestionada resulta racional y razonable en su conjunto”, lo que “no se desvirtúa por una anulación puntual, que en ningún caso pone de manifiesto un ejercicio abusivo de las potestades discrecionales o su ejecución espuria”, como se expone en la propuesta de resolución.

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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.