

Expediente Núm. 70/2012
Dictamen Núm. 179/2012

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 9 de junio 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 por la que se convocó concurso de méritos para la provisión de “Jefaturas de Sección II” 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. Cita, así, la Sentencia 180/2010, de 11 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo; la Sentencia 79/2011, de 1 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que desestimó el recurso presentado por la Administración del Principado de Asturias frente a la anterior, 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 24/2010.

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, con efectos de 25 de octubre de 2010, como consecuencia de la resolución del concurso de méritos convocado por la Resolución anulada parcialmente, se produjo su "cese en el puesto de trabajo como funcionaria interina del Cuerpo de Gestión (...) que venía desempeñando (...). Habiendo sido anulado el concurso de Jefaturas de Sección II, es, por tanto, el cese de la firmante consecuencia de una resolución no ajustada a derecho".

Finaliza solicitando, entre otros extremos, que se la indemnice "en la cantidad que, efectuando provisionalmente un cálculo prudencial, estimo en (...) sesenta y seis mil novecientos sesenta y seis euros con dos céntimos".

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. Mediante Resolución de 16 de junio 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 27 de junio 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.

3. Con fecha 12 de julio de 2011 emite informe el Servicio de Administración de Personal. Se hace constar en él que la reclamante fue nombrada "funcionaria interina del Cuerpo de Gestión" y que por Resolución de 7 de octubre de 2010 (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 25 de octubre de 2010) se adjudicaron con carácter definitivo los puestos de trabajo convocados para su provisión por funcionarios por Resolución de 16 de octubre de 2009 (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 23 octubre de 2009 -corrección de errores de 29 de octubre de 2009-), destacando que en virtud de dicha Resolución el puesto que venía desempeñando provisionalmente la reclamante le fue adjudicado a la funcionaria de carrera que identifica.

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 4 de Oviedo de 11 de mayo de 2010, que lo estimó parcialmente y declaró disconforme a derecho la base 4.4 de la convocatoria, "desestimando el recurso en todo lo demás". Esta sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el 1 de abril de 2011.

Señala que por Resolución de 18 de mayo de 2011, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2011), se dispuso la ejecución de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo.

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 de la vinculación de la interesada con la Administración y de que el nombramiento de personal interino "queda limitado

en cuanto a su duración a la persistencia de las circunstancias que lo motivaron”, por lo que la provisión del puesto por una funcionaria de carrera constituye causa legal de extinción del nombramiento como funcionaria interina de la interesada.

Considera, a mayor abundamiento, que la anulación de una de las bases del concurso de méritos afectado por la sentencia “no puede implicar en modo alguno el perjuicio pretendido por la reclamante (consideración de su cese como irregular), puesto que en caso de haberse previsto una base distinta el resultado habría sido que un funcionario de carrera (o muy probablemente la misma funcionaria de carrera) habría obtenido el puesto y consiguientemente la causa legal de cese habría concurrido de igual forma”.

4. El día 24 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 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”.

5. Con fecha 10 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 día 12 de enero de 2012- comparece en las dependencias administrativas el abogado designado por la reclamante, 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.

6. 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 el puesto que ocupaba que pudiera haberse visto lesionado porque su adscripción al puesto era provisional, y desaparecida la causa que motivó su nombramiento como funcionaria interina debía producirse su cese "sin que pudiese oponer derecho subjetivo alguno a la permanencia, sencillamente por carecer del mismo". 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." Concluye, de modo análogo a lo informado previamente por la Dirección General de la Función Pública, que "el asunto que se ventiló en el procedimiento judicial que concluyó con la anulación de una de las bases del concurso se refería a la forma de valorar un mérito, lo cual en nada afecta a la reclamante, que ni siquiera pudo participar en dicho concurso de méritos dada su condición de funcionaria interina".

7. 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 9 de junio de 2011, habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2011 la Resolución (de 18 de mayo de 2011), 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 4 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 25 de octubre de 2010, de la interesada en el desempeño provisional de un puesto para el que había sido nombrada como funcionaria interina del Cuerpo de Gestión. También consta, en último extremo, que el cese se produjo por la provisión definitiva de la plaza por una funcionaria de carrera a la que le fue adjudicado el puesto en virtud de la Resolución de 7 de octubre de 2010, 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 16 de octubre de 2009 (constando la anulación de la base 4.4 de dicho concurso por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 11 de mayo de 2010, que fue confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 1 de abril de 2011).

Con carácter general, 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 la interesada cesó en el desempeño de un puesto como funcionaria interina en el momento en que se produjo el nombramiento de una funcionaria de carrera para el desempeño de dicho puesto. De tal hecho, la reclamante deduce la pretensión de que ha experimentado una pérdida de ingresos y que debería ser indemnizada por las retribuciones no percibidas durante el periodo que la propia interesada fija desde la fecha del cese.

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 del puesto 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 tales 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 del que haya sido privada en forma declarada ilegal, que el desempeño de un puesto en interinidad -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, los efectos de remoción automática y de restitución de los destinos provisionales que serían precisos para considerar anulada la causa legal que motivó su cese.

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 fue nombrada funcionaria interina del Cuerpo de Gestión para la cobertura temporal de una plaza vacante.

Sobre este particular, el artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, dispone que son funcionarios interinos los nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera cuando, entre otros casos, existan plazas vacantes cuya cobertura con personal de carrera no sea posible o cuando fuera precisa la sustitución transitoria de sus titulares; y el apartado 3 de la misma norma establece que el "cese de los funcionarios interinos se producirá, además (...), cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento". 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 57.2 que los funcionarios interinos habrán de cesar "cuando las plazas que ocupen temporalmente sean cubiertas por funcionarios de carrera". En este marco legal, la interesada asumió la provisionalidad de su nombramiento interino al incorporarse al puesto de trabajo.

La provisión por una funcionaria de carrera del puesto desempeñado provisionalmente por la ahora reclamante suponía la extinción de la interinidad por cumplirse el término final de la misma, y llevaba aparejado su cese.

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.