

Expediente Núm. 41/2018
Dictamen Núm. 14/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de enero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo, la Consejera doña María Isabel González Cachero, que votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de febrero de 2018 -registrada de entrada el día 19 de ese mismo mes-, y una vez atendida, por escrito de 19 de julio de 2018 -registrado de entrada el día 25 del mismo mes-, la diligencia para mejor proveer, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la anulación parcial de actuaciones del concurso-oposición para cubrir plazas de facultativo especialista de área en Medicina Interna del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de febrero de 2017, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de su condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud del Principado de Asturias tras la anulación parcial de las actuaciones de un concurso-oposición por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

Expone que “participó en el proceso selectivo convocado por Resolución de 17 de diciembre de 2008 (...) para la provisión mediante concurso-oposición de 23 plazas de personal estatutario de la categoría de facultativos especialistas de área, especialidad de Medicina Interna”, dependiente del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Precisa que “la fase de oposición constaba de dos pruebas, una primera consistente en un cuestionario de cien preguntas tipo test y una segunda consistente en resolver dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro propuestos por el Tribunal”, y que “las resoluciones de 13 (...) y 26 de mayo de 2011 publicaron, respectivamente, las listas de aspirantes que aprobaron el primer y segundo ejercicio”, reseñando que ella figuraba “en la relación de aprobados de ambas pruebas”.

Manifiesta que “por Resolución de 15 de diciembre de 2011 de la Dirección Gerencia del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) se nombró personal estatutario fijo” y se adjudicaron las “plazas a los aspirantes aprobados en el proceso selectivo citado, entre ellos la reclamante./ El 13 de junio de 2011 se presentó recurso de alzada (...) contra las citadas pruebas, que fue desestimado por (...) Resolución de 11 julio de 2011 de la Dirección del Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada. Contra dicha resolución los recurrentes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que con fecha 14 de octubre de 2014 dicta sentencia desestimatoria. Contra la misma se articuló recurso de casación que fue resuelto” por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 en la

que se declara "haber lugar al recurso de casación interpuesto (...) contra la Sentencia de 14 de octubre de 2014" del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias "y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación (...). Estimar en parte el recurso contencioso que estas mismas personas interpusieron en la instancia y anular, por no ser conformes a derecho, las actuaciones del procedimiento selectivo litigioso a partir de la segunda prueba de la fase de oposición (consistente en la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre cuatro propuestos por el Tribunal), con (...) condena a la Administración demandada a que previo el nombramiento de un nuevo tribunal calificador celebre de nuevo esa segunda prueba y prosiga a partir de ella el procedimiento selectivo hasta su finalización".

Indica que "en ejecución de dicha sentencia, por Resolución de 2 de enero de 2017 de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, se anulan los nombramientos como personal estatutario fijo de los adjudicatarios correspondientes al citado proceso selectivo, declarando que la anulación de los nombramientos se retrotraía al momento de la toma de posesión como personal estatutario fijo, permaneciendo desde dicha fecha en la situación de personal estatutario interino en la plaza adjudicada en el proceso selectivo con los efectos económicos y administrativos que procedan".

Afirma que debido a "una irregular actuación de la Administración (...) no solamente se ha visto privada de la plaza que desde hace años viene desempeñando sino que se ve obligada para el mantenimiento de la misma a participar en un nuevo proceso selectivo, con lo que ello supone de tener que someterse nuevamente a las exigencias de nuevas pruebas que lógicamente conllevan la necesaria preparación (...). A ello se une la especial situación en que se sume a la reclamante, que había organizado su vida en torno al trabajo obtenido tras la superación del proceso selectivo en el que de buena fe participó y la pérdida del destino obtenido o incluso la pérdida definitiva del puesto de trabajo, con lo que ello conlleva también de pérdida económica, en cuanto trunca la carrera profesional que se ve obligada a reiniciar en el supuesto de un hipotético nuevo acceso a la plaza de ser la misma obtenida".

Solicita una indemnización de cien mil euros (100.000 €) por los “daños económicos efectivos y evaluables” que señala haber sufrido “al verse privada de poder disfrutar de la plaza legítimamente obtenida en un proceso de empleo público, al ser anulada la lista de aprobados de dicha convocatoria al existir irregularidades en el desarrollo del proceso”. Considera que “han de computarse también a efectos de la indemnización aquí solicitada los daños morales que se han irrogado a la reclamante, al tener que repetir de nuevo el ejercicio”.

2. El día 23 de febrero de 2017, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada la reclamación presentada al Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Hacienda y Sector Público.

3. Mediante Acuerdo de la Consejera de Hacienda y Sector Público de 28 de febrero de 2017, se admite a trámite la reclamación y se atribuye la instrucción del procedimiento al Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo.

4. El día 8 de marzo de 2017, el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Consejería de Hacienda y Sector Público -24 de febrero de 2017-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

5. Con la misma fecha, el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo solicita un informe al Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la “cuantificación económica de los presuntos daños ocasionados en concepto de retribuciones”, y al Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada” en relación con aquellos aspectos que se consideren relevantes a efectos de resolver el procedimiento; en particular, la “relación de causalidad” entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, “valoración de

la cuantificación económica de los presuntos daños” y “propuesta de estimación o, en su caso, desestimación”.

Obra incorporado al expediente un informe elaborado por la Jefa del Servicio de Selección del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada” el 2 de mayo de 2017. En él hace constar que, “a fin de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Supremo”, mediante Resolución de la Dirección del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada” de 10 de febrero de 2017, publicada en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 14 de febrero de 2017, “se designa un nuevo Tribunal Calificador y se cita a los aspirantes que superaron la primera prueba del proceso selectivo relacionados en el anuncio de calificación del Tribunal Calificador de fecha 26 de mayo de 2011 a la práctica de la segunda prueba, que tendrá lugar el día 15 de marzo de 2017 a las 16:30 horas (...). Con fecha 15 de marzo de 2017 tiene lugar la celebración de la segunda prueba (...), resultando que la reclamante obtiene una calificación en este ejercicio de 38,71 puntos”. A la vista de ello, pone de manifiesto que la interesada “mantiene la calificación del primer ejercicio (25,4444) y obtiene una nota superior en el segundo ejercicio, que alcanza los 38,71 puntos”.

Señala que “a fecha actual no han finalizado las actuaciones en ejecución de sentencia, estando pendientes de valorar los méritos aportados por los aspirantes en la fase de concurso. En consecuencia, se desconoce la relación de aspirantes que ha superado el proceso selectivo y, por tanto, si dicha ejecución ha supuesto algún efecto lesivo a la reclamante”.

Respecto a los daños morales, considera que la interesada “no aporta ningún elemento probatorio que permita constatar la existencia de los mismos”.

Finalmente, propone “desestimar la reclamación (...) al no quedar acreditado, a fecha presente, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente, ocasionado a la reclamante como consecuencia del funcionamiento de la Administración del Principado de Asturias”.

El 28 de julio de 2017, el Director de Profesionales del Servicio de Salud del Principado de Asturias remite al Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería instructora el informe emitido por el Director

Gerente el 20 de julio de 2017 sobre la indemnización solicitada. Respecto al daño moral por la pérdida de la condición de personal estatutario fijo, señala que "la reclamante los calcula en 100.000 € sin aportar mayor desglose o fundamentación sobre la cantidad. Dado que de los datos aportados no queda demostrada la existencia de daño ni de causalidad, este Servicio de Salud debe oponerse a su reconocimiento". En cuanto al "daño emergente", esto es, el "abono de cuantías indebidas por carrera profesional y descuento de cotizaciones (por) desempleo", comunica que las cuotas a la Seguridad Social ascendieron a 3.080,33 € y el complemento de carrera profesional a 397,50 €, por lo que el total a devolver sumaría la cantidad de 3.477,83 €.

6. El día 9 de mayo de 2017, el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo pone en conocimiento de la correduría de seguros la presentación de la reclamación.

7. Con fecha 3 de agosto de 2017, emite informe el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo proponiendo "la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar el citado procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre", dado que en la fecha referida no han finalizado aún "las actuaciones en ejecución de sentencia", al estar pendiente la valoración de los méritos aportados por los aspirantes.

8. Mediante Acuerdo de la Consejera de Hacienda y Sector Público de 4 de agosto de 2017, se amplía en tres meses el plazo para resolver y notificar el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente la notificación de este acuerdo a la interesada.

9. Con fecha 14 de noviembre de 2017 la Jefa del Servicio de Selección suscribe un nuevo informe. En él analiza la situación individual de la reclamante y señala que "en el procedimiento selectivo anulado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 obtuvo una calificación final de

135,0544 puntos, ocupando el puesto noveno en la relación de aspirantes que habían superado el proceso selectivo de referencia (...). Realizadas las actuaciones en ejecución de sentencia, la aspirante obtiene una calificación final de 138,8344 puntos, ocupando el puesto séptimo en la relación de aspirantes que superan el proceso selectivo, por lo que es nuevamente propuesta para su nombramiento como personal estatutario fijo”.

Respecto al daño invocado por la reclamante, precisa que si bien esta “vio anulado su nombramiento como personal estatutario fijo (...), como consecuencia de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 continuó desempeñando el mismo puesto de trabajo como personal estatutario interino, por lo que no se advierte la concurrencia de los requisitos necesarios para poder determinar la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Sobre la posible detracción de su nómina de las cantidades abonadas en concepto de carrera profesional, así como la devolución de cuotas de cotización por desempleo, advierte que el Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada “se limita al desarrollo de los procesos selectivos”, por lo que “desconoce, al no resultar de su competencia, las posibles detracciones realizadas (...) sobre la nómina de la reclamante, entendiéndolo que en caso de haberse hecho efectivas será al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) al que le corresponda proceder a su reingreso en la misma forma en la que hizo la supuesta detracción”.

En cuanto a los daños morales, considera que “la reclamante no aporta ningún elemento probatorio que permita constatar la existencia de los mismos”.

Finalmente, propone desestimar la reclamación presentada por la interesada “al no quedar acreditado, a fecha presente, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente, ocasionado a (...) consecuencia del funcionamiento de la Administración del Principado de Asturias”.

10. Mediante escrito de 21 de noviembre de 2017, la Coordinadora de Régimen Jurídico y Normativa comunica a la reclamante la apertura del trámite de

audiencia por un plazo de diez días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 28 de noviembre de 2017, la Coordinadora de Régimen Jurídico y Normativa hace constar que en la fecha referida comparece la interesada en las dependencias administrativas y obtiene una copia de los documentos que solicita.

Con fecha 7 de diciembre de 2017, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que concreta la valoración del daño sufrido. Respecto a los "perjuicios materiales", indica que, a "los ya señalados como daño emergente por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud, en cuanto a dinero a devolver se debe unir que las retribuciones que no se percibirán como consecuencia de la carrera profesional que dejó de percibirse en diciembre de 2016, (que) ascienden a la cantidad de 198,75 euros mensuales en catorce pagas, y ello hasta en tanto no se vuelva a lograr la reincorporación a la citada carrera profesional; se trata por tanto de un perjuicio de 2.782,5 euros al momento actual, y que continúa devengándose a razón de los 198,75 euros señalados cada mes que transcurre./ Además se han pasado a descontar mensualmente 54,71 euros mensuales para desempleo, que hace un total de 648 euros".

Por otra parte, comunica que ejercía como "profesora asociada en la Universidad de Oviedo, percibiendo por ello 262,53 euros mensuales, 3.150,36 euros anuales", estando dicha plaza "íntimamente vinculada al ejercicio de la medicina en el centro de referencia, el (Hospital "X"), con lo que la anulación del proceso selectivo y la pérdida de la plaza obtenida conlleva la pérdida de la plaza de profesor asociado y con ello las retribuciones inherentes a la misma".

Sobre el daño moral, afirma que la anulación de su nombramiento se produjo "por causas totalmente ajenas" a ella y que permaneció "durante más de seis años (...) en una situación de incertidumbre". Asimismo, ello la "ha obligado nuevamente a tener que preparar las pruebas con la lógica tensión que ello conlleva, la incertidumbre del resultado y las horas de esfuerzo dedicadas a la preparación de las pruebas. Todo este proceso la reclamante ya lo había realizado y superado de una forma que resultó baldía por la anulación del proceso". Añade que como consecuencia de lo anterior se ha producido

“una ruptura en la vida profesional” de la interesada, “al haber puesto en marcha la Unidad de Enfermedades Importadas, más popularmente conocida como `enfermedades tropicales´”, en el Hospital “X”; “unidad en la que desarrolló una muy importante labor investigadora públicamente reconocida”, puesto que “era integrante de la Red para el Estudio de Enfermedades Importadas por Viajeros (...) liderada por el Hospital Ramón y Cajal, el Grupo de Trabajo para el Estudio de la Enfermedad de Chagas de la Sociedad Española de Medicina Tropical y Salud Internacional (...) y era la Secretaria del Grupo de Estudio de Patología Importada de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica, perteneciendo también al Grupo de Estudio de Atención al Inmigrante y al de Parasitología de la European Society of Clinical Microbiology and Infectious Diseases (...). La labor hasta el momento desarrollada queda totalmente truncada con la pérdida de años de esfuerzos al tener que abandonar la plaza que (...) había obtenido (...), debiendo reiniciar su actividad en un servicio diferente”.

Adjunta a su escrito los siguientes documentos: a) Nóminas correspondientes a los meses de noviembre de 2016 y de 2017 por los servicios prestados en el Servicio de Salud del Principado de Asturias. b) Certificado de pertenencia al Study Group for Antibiotic Policies, Study Group for Clinical Parasitology y Study Group for Infections in Travellers and Migrants durante el periodo transcurrido entre el 17 de septiembre de 2016 y el 16 de septiembre de 2017, emitido por la European Society of Clinical Microbiology and Infectious Diseases. c) Nómina correspondiente al mes de noviembre de 2017 por los servicios prestados en la Universidad de Oviedo.

11. Con fecha 23 de noviembre de 2017, se recibe en el Registro Electrónico un escrito presentado por el abogado de la compañía aseguradora de la Administración del Principado de Asturias por medio del cual se persona como parte interesada en el procedimiento.

Aporta poder notarial otorgado a su favor.

12. Mediante escrito enviado por correo electrónico el 28 de noviembre de 2017 al abogado de la compañía aseguradora, la Coordinadora de Régimen Jurídico y Normativa de la Consejería instructora le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

13. El día 2 de enero de 2018, el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma, con apoyo en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2001 -que enjuicia un caso "muy similar"-, que en el supuesto que nos ocupa "la pérdida de la condición de personal estatutario fijo fue (...) consecuencia de la aplicación de la legalidad por el Tribunal Supremo y no supuso la privación de un derecho sino la declaración de que no le correspondía el mismo". Por tanto, "la Administración se limitó a cumplir la sentencia en sus propios términos y con ello su obligación legal de acatar los mandatos judiciales, algo que todos los particulares tienen el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Por todo ello, la Administración no podía sino anular los nombramientos retrotrayéndolos al momento de la toma de posesión de los interesados como personal estatutario fijo y repetir el procedimiento de selección en los términos establecidos, lo cual pone de manifiesto la falta de antijuridicidad de los daños derivados de la ejecución de sentencia".

Respecto a la devolución del complemento de carrera profesional y de las cuotas de cotización por desempleo, indica que "existe una doctrina jurisprudencial que viene a matizar los efectos de las sentencias que anulan procesos selectivos y que viene a establecer como principio general que deben mantenerse en la medida de lo posible las situaciones de hecho creadas (nombramientos) resultantes de esos procesos anulados (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009, de 21 de diciembre de 2011 y de 18 de enero de 2012). Consiguientemente la anulación de su nombramiento como personal estatutario fijo e inmediato nombramiento como personal estatutario interino lo que pone de manifiesto es que las medidas adoptadas por la Administración en ejecución de sentencia tratan de paliar los perjuicios causados por ello y resultan coherentes con la doctrina del Tribunal Supremo

que acabamos de citar. Conviene precisar que las incidencias habidas en ejecución de sentencia deben hacerse valer en el seno de esa ejecutoria, sin que las mismas puedan servir para solicitar la responsabilidad de la Administración en los términos en que se hace en la reclamación respecto a este extremo”.

En cuanto al daño moral, considera que “se trata de una pretensión desorbitada que carece de justificación en modo alguno y que procede (...) rechazar por los mismos motivos que utiliza la Audiencia Nacional en la Sentencia de 5 de julio de 2001 (...). En ningún momento tiene en cuenta para modular dicha petición que la Administración la ha mantenido en el puesto después de dictada la sentencia hasta la finalización del procedimiento selectivo celebrado en ejecución de sentencia en el que finalmente ha vuelto a obtener plaza como personal estatutario fijo, no habiendo dejado de trabajar en ningún momento (...). En este caso la reclamante hace una petición genérica, ambigua y desorbitada que vincula genéricamente a los cambios producidos en su situación anterior pero sin acreditar la existencia de los daños por los que reclama ni los motivos por los que obtiene dicha cantidad”.

Lo mismo puede decirse respecto a la pérdida del complemento de carrera profesional, pues se trata de una petición a futuro o simplemente posible.

Asimismo, reclama daños por la pérdida de la plaza como profesora asociada no aportando ningún documento que justifique tal extremo.

Finalmente, invoca la doctrina jurisprudencial que pone el acento, “para apreciar la antijuridicidad del daño (...), en `la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de razonabilidad exigibles’”, y concluye que “a los solos efectos de resolver la presente reclamación la actuación de la Administración proponiendo unos casos prácticos y no otros no resulta antijurídica, pues la potestad de la Administración no ha sido utilizada de manera evidente y manifiesta en sentido contrario a la norma y su actuación está dentro de los parámetros de racionalidad exigibles”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de febrero de 2018, 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 en soporte digital.

Con fecha 7 de junio de 2018, el Presidente del Consejo Consultivo solicita documentación para mejor proveer; en concreto, y en aras de evitar una eventual duplicidad de indemnizaciones o pronunciamientos incongruentes, interesa la emisión de un informe en el que se aclare la existencia de actuaciones penales contra el presidente del Tribunal Calificador que actuó en el proceso selectivo anulado parcialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016.

Mediante escrito de 19 de julio de 2018, el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana traslada a este Consejo Consultivo la contestación emitida al respecto por la Consejería de Hacienda y Sector Público en el sentido de que “no consta dato alguno sobre (...) actuaciones penales contra el presidente del Tribunal Calificador”.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 67.1, segundo inciso, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. Y en su párrafo segundo precisa que “En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”. En el supuesto ahora examinado la reclamación se presenta con fecha 13 de febrero de 2017, y, aunque no consta que la interesada haya sido parte en el procedimiento judicial que dio lugar a la anulación parcial del proceso selectivo, la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de 2 de enero de 2017, por la que en ejecución de sentencia se anulan los nombramientos como personal estatutario fijo de los adjudicatarios de las veintitrés plazas del concurso-oposición de facultativo especialista de área en Medicina Interna se publicó en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* del día 11 de enero de 2017, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las

especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, observamos que mediante Acuerdo de la Consejera de Hacienda y Sector Público de 28 de febrero de 2017 se acuerda admitir a trámite la reclamación presentada. Al respecto, debemos señalar que la LPAC no establece en este procedimiento una fase orientada a comprobar si la reclamación cumple los requisitos formales o si concurren los presupuestos legalmente establecidos para que se formule la misma, siguiendo así la línea marcada por su predecesora, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este Consejo reitera que comparte con el Consejo de Estado que la “distinción entre la inadmisión y la desestimación (...) solo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases”, lo que no ocurre en los de responsabilidad patrimonial, como el que nos ocupa.

Asimismo, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la LPAC.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". 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 34 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, 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 análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos tras la pérdida de su condición de personal estatutario fijo como consecuencia de la anulación parcial de las actuaciones del concurso-oposición

en el que obtuvo plaza mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de este dictamen, por Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 15 de diciembre de 2011 se nombró personal estatutario fijo a los aspirantes que superaron el procedimiento selectivo, resultando la reclamante adjudicataria de una plaza de facultativo especialista de área en Medicina Interna en el Hospital "X". No obstante, en cumplimiento de lo dispuesto en la citada sentencia del Tribunal Supremo, por Resolución de 2 de enero de 2017, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, se declaró la nulidad de los nombramientos llevados a cabo por la Resolución de 15 de diciembre de 2011 -entre los que figura el de la reclamante-, retrotrayendo sus efectos al momento en que tuvo lugar la toma de posesión de los interesados como personal estatutario fijo, permaneciendo desde dicha fecha en la situación de personal estatutario interino en la plaza adjudicada en el proceso selectivo anulado.

Al respecto, el artículo 32.1 de la LRJSP establece en su inciso segundo que la "anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos (...) no presupone, por sí misma, 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.

El primero de todos ellos, presupuesto de los demás, no es otro que la efectividad del daño alegado. En el presente supuesto, la interesada atribuye los perjuicios patrimoniales y morales sufridos a la pérdida de su condición de personal estatutario fijo tras la anulación del proceso selectivo en el que obtuvo una plaza de facultativo especialista de área en Medicina Interna.

En cuanto a los daños de índole patrimonial, la reclamante solicita el abono de las retribuciones correspondientes al complemento de carrera profesional que “dejó de percibirse en diciembre de 2016”; es decir, con posterioridad a la sentencia cuya ejecución dio lugar a que, mediante Resolución de 2 de enero de 2017, se anularan los nombramientos como personal estatutario fijo de los adjudicatarios de las plazas correspondientes al citado proceso selectivo, declarando que la anulación de los nombramientos se retrotraía al momento de la toma de posesión como personal estatutario fijo, permaneciendo desde dicha fecha en la situación de personal estatutario interino en la plaza adjudicada con los efectos económicos y administrativos que procedan. Al respecto, y de conformidad con la normativa autonómica sobre presupuestos aplicable *ratione temporis*, debe recordarse que el personal estatutario que preste servicios en el Servicio de Salud del Principado de Asturias mediante nombramientos de interinidad percibirá las retribuciones establecidas para el personal estatutario fijo, salvo el complemento de carrera y desarrollo profesional o cualquier otra retribución que esté vinculada a la condición de personal estatutario fijo. Sin embargo, no cabe apreciar una merma en las retribuciones de la reclamante susceptible de ser indemnizada, toda vez que no consta que se haya procedido a la devolución o detracción efectiva del importe correspondiente a este concepto de sus nóminas, sin perjuicio de que en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 30 de junio de 2014 –ECLI:ES:TS:2014:2887-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a) el personal interino tenga derecho a este complemento. Tampoco cabe estimar un perjuicio en la deducción de las cotizaciones por desempleo, al constituir una obligación legal inherente al desempeño del puesto como funcionaria interina que genera el derecho a una prestación.

Por otro lado, en el informe elaborado por el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias el 20 de julio de 2017 se cuantifica el “daño emergente” en 3.477,83 €, correspondiendo 3.080,33 € a las cuotas de la Seguridad Social y 397,50 € al complemento de carrera profesional. Sin embargo, el Director Gerente no ofrece una justificación sobre el cálculo de

esos importes, y tampoco resulta de la documentación incorporada al expediente que la interesada haya procedido a la devolución de dichas cuantías, o que estas hayan sido detraídas de su nómina, pues -como señalamos- no consta que los efectos económicos de la anulación del nombramiento como personal estatutario fijo se hayan retrotraído al momento en que tuvo lugar la toma de posesión.

Sobre la pérdida de la plaza de profesor asociado en la Universidad de Oviedo, no consta cuándo dejó de prestar dicho servicio, ni que tal circunstancia se haya producido como consecuencia del cese en su condición de personal estatutario fijo, por lo que no se aprecia un vínculo entre el daño que la reclamante invoca y la actuación del servicio público.

En cuanto al daño moral, este Consejo viene señalando reiteradamente (entre otros, Dictámenes Núm. 97/2006 y 16/2017) que si bien carece de parámetros o módulos objetivos para su cuantificación “ello no destruye el principio de que quien alega debe probar”, y “en lo tocante al daño moral la carga de la prueba es liviana, pero existe”. Y aunque el daño moral tiene un carácter “abstracto, espiritual y subjetivo”, a fin de efectuar una “valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar. A través de esta vía se podrá objetivar el daño moral en los términos que requiere el artículo 139.2 de la LRJPAC, o sea (...) se podrá calificar como ‘efectivo’, ‘evaluable económicamente’ e ‘individualizado’”.

En consonancia con lo anterior, este Consejo viene presumiendo o deduciendo la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica. Así, ocurre en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos apreciado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes

Núm. 91/2008 y 104/2015) y en la pasividad de la Administración ante el cierre de un acceso a una vivienda (Dictamen Núm. 201/2018).

En lo que ahora interesa, conviene recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:2272-, en un supuesto que guarda similitud con el que nos ocupa, aprecia la existencia de un daño moral y, subrayando la singularidad del caso, admite “que el cambio de situación derivada de la anulación (de nombramiento subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria), la necesidad ulterior de concurrir a nuevas pruebas selectivas, etc. ha causado un daño psíquico que incluso ha podido trascender al ámbito familiar de los reclamantes, creándoles una situación incómoda también en el ámbito profesional que no tenían el deber de soportar”; argumentación que mantiene en la Sentencia de 21 de octubre de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:6689-, en la que también reconoce que se ha ocasionado un padecimiento moral cierto, apreciado sobre la base de las circunstancias concurrentes, sin exigir su acreditación *stricto sensu*.

Descendiendo al supuesto planteado, resulta acreditado que la reclamante ostentó durante cinco años la condición de personal estatutario fijo de forma legítima tras superar el correspondiente proceso selectivo, con los efectos profesionales, económicos y administrativos que ello conlleva, siendo posteriormente despojada de la plaza que había obtenido tras anularse parcialmente, por no ser conformes a derecho, las actuaciones del procedimiento selectivo a partir de la segunda prueba de la fase de oposición. Tras la anulación siguió desempeñando sus funciones como especialista de Medicina Interna, pero ya no con carácter permanente, sino interino. Lo anterior constituye un cambio profesional significativo con evidentes repercusiones en la esfera patrimonial y personal que derivan causalmente de la anulación del nombramiento ordenada por el Tribunal Supremo al declarar la nulidad del segundo ejercicio ante la actitud irregular del Presidente del Tribunal de Selección. Dicho cambio de situación implicó una merma en las retribuciones y en su estatus profesional (pérdida de la plaza fija y del destino obtenido, frustración de expectativas en la carrera horizontal, prestigio), así como la necesidad de volver a concurrir a nuevas pruebas selectivas para

obtener una plaza fija en el Servicio de Salud del Principado de Asturias, con el riesgo y la incertidumbre de superarlas o no, lo que indudablemente trasciende al ámbito personal de la reclamante.

Es precisamente esta concurrencia de elementos en el caso que analizamos la que nos conduce a concluir que la anulación del nombramiento como personal estatutario fijo por causas no imputables a la interesada permite apreciar la existencia de un daño cierto de naturaleza moral -que, ya adelantamos, no tenía el deber de soportar-, pues resulta razonable asociar a la anulación de un nombramiento con carácter fijo, y sin necesidad de prueba específica, un sufrimiento moral de los afectados por la anulación, dadas las notas de estabilidad y permanencia que se predicán de tal condición con las consiguientes posibilidades y ventajas vinculadas a dicho nombramiento, de conformidad con los principios que orientan el régimen del personal estatutario fijo y a tenor de lo establecido en los artículos 4 y 8 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

En todo caso, debe significarse que la singularidad que reviste el supuesto que analizamos impide su generalización, al haberse producido un nombramiento y ocupación efectiva del puesto de trabajo como personal estatutario fijo durante un periodo prolongado de tiempo, y su posterior anulación al declararse judicialmente la nulidad del segundo ejercicio como consecuencia de una actuación gravemente irregular del Presidente del Tribunal del proceso selectivo, lo que permite apreciar en este caso la realidad y efectividad del daño moral de la interesada, y establece la diferencia respecto a otros casos de anulaciones en procesos de selección en los que las pruebas o bien no habían concluido, o bien el nombramiento devino nulo por causas imputables al aspirante o bien la actuación administrativa se desarrolló en márgenes de discrecionalidad o razonabilidad o bien fue resultado de la integración y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Ahora bien, dado que la efectividad de un perjuicio no determina *per se* la responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta obligado analizar si

el daño causado fue antijurídico, pues en caso contrario tendría la reclamante el deber de soportarlo.

A tal efecto, conviene tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual “la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración”. Y más concretamente, “tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en Sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados” (Sentencia de 30 de enero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:264-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Descendiendo al supuesto planteado, de los datos obrantes en el expediente se desprende que mediante Resolución de 17 de diciembre de 2008, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos, se convocó concurso-oposición para el acceso a 259 plazas de la categoría de facultativos especialistas de área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En concreto, para la especialidad de Medicina Interna se convocaron un total de 18 plazas (9 para promoción interna y otras tantas para cubrir por turno libre), acumulándose posteriormente a ellas las resultantes del concurso de traslados, con lo que las plazas convocadas se elevaron a 23 (11 para promoción interna y 12 para el turno libre). El primer ejercicio tipo test se realizó en abril de 2011, y el segundo, consistente en la resolución de dos supuestos prácticos, en mayo de ese mismo año. Mediante Resolución de 15 de

diciembre de 2011, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias se nombró personal estatutario fijo a los aspirantes que superaron el proceso selectivo, entre los que figuraba la reclamante, que resultó adjudicataria de una plaza en el Hospital "X". Asimismo, consta en el expediente que varios aspirantes emprendieron acciones legales contra las resoluciones por las que se publicaban la lista de aprobados del primer y del segundo examen, siendo desestimadas sus pretensiones en vía administrativa primero y ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias después mediante Sentencia de 14 de octubre de 2014. Frente a esta sentencia se interpuso nuevamente recurso de casación, que fue estimado en parte por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016, que anuló parcialmente las actuaciones del procedimiento selectivo litigioso a partir de la segunda prueba de la fase de oposición (consistente en la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre cuatro propuestos por el Tribunal), con condena a la Administración demandada a que, previo el nombramiento de un nuevo Tribunal Calificador, celebre de nuevo esa segunda prueba y prosiga a partir de ella el procedimiento selectivo hasta su finalización.

La reclamante reprocha a la Administración autonómica la pérdida de su condición de personal estatutario fijo como consecuencia de "una irregular actuación de la Administración", que motivó la anulación parcial del procedimiento selectivo "en el que de buena fe participó".

Por su parte, la propuesta de resolución considera que "la actuación de la Administración proponiendo unos casos prácticos y no otros no resulta antijurídica, pues la potestad de la Administración no ha sido utilizada de manera evidente y manifiesta en sentido contrario a la norma y su actuación está dentro de los parámetros de racionalidad exigibles".

Sin embargo, no podemos compartir tal conclusión a la vista del fallo del Tribunal Supremo que anula parte de las actuaciones del proceso selectivo. En efecto, en él se considera que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 14 de octubre de 2014 ha "vulnerado los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública", puesto que "la debida observancia del principio constitucional de

acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que puedan colocar en situación de ventaja a unos aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2” de la Constitución. A renglón seguido se afirma de forma indubitada por el Tribunal Supremo “que la comunicación por parte del Presidente del Tribunal a varios aspirantes de unos casos prácticos que finalmente fueron propuestos en el segundo ejercicio de la fase de oposición es obvio que colocó a estos en una situación de mayor facilidad y ventaja para la superación del proceso selectivo”. Y añade que “frente a lo que razona la sentencia recurrida resultan indiferentes estos hechos: el tiempo transcurrido desde que se comunicaron los casos prácticos (dilación que fue debida, como resulta de lo expuesto en el primer fundamento, de la impugnación que se planteó contra la convocatoria); que en la fecha en que se comunicaron los casos todavía no conociera la persona que los envió su designación como miembro del Tribunal Calificador; y que no sea decisiva para la calificación final (de) determinados aspirantes la puntuación que individualmente haya otorgado la persona o personas próximas a ellos que formen parte del Tribunal Calificador. Pues lo verdaderamente relevante es la intervención que esta última persona haya tenido en el proceso selectivo decidiendo cuál ha de ser el contenido del ejercicio de casos prácticos y hacer esto último con el conocimiento de cuáles son los casos sobre los que determinados aspirantes habían sido especialmente instruidos o informados”.

De ello se deduce que la actuación llevada a cabo por el Presidente del Tribunal Calificador trasciende, a los efectos que aquí nos ocupan, el consabido margen de discrecionalidad conferido a los tribunales de selección, cuyo alcance se extiende a la facultad de interpretar -y ejecutar- las bases de la convocatoria, examinando, en calidad de órgano especializado, los méritos y capacidades de los aspirantes. Por tanto, el hecho de colocar en una posición más ventajosa a unos aspirantes sobre otros supone un evidente menoscabo del derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, lo que a su vez quiebra la imparcialidad y objetividad que debe regir el funcionamiento

de este tipo de órganos. Además, en el caso que analizamos la actuación del Presidente del Tribunal en los términos anteriormente expuestos carece de justificación, por lo que no puede calificarse de razonable, como pretende la Administración autonómica.

De otro lado, debe significarse que en diferentes pronunciamientos relativos a la anulación parcial o total de procesos selectivos para el acceso a la función pública el Tribunal Supremo apreció la existencia de antijuridicidad en el daño sufrido por los afectados. Así, en la Sentencia de 13 de octubre de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:7838-, si bien no llega a determinar la responsabilidad patrimonial por haber mediado un error judicial, sí reconoce de forma indubitada la concurrencia de antijuridicidad en la actuación de la Administración, al igual que en la Sentencia de 1 de abril de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:2272-; invocando incluso el derecho al cargo “efectivamente adquirido (una vez superadas las pruebas de selección, previo al nombramiento conferido junto con la correspondiente toma de posesión), si bien sujeto naturalmente a los resultados de la impugnación (...) producida antes de su efectivo nombramiento”, en el supuesto que resuelve la Sentencia de 21 de octubre de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:6689-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a. También precisó que la impugnación judicial no altera el estatus jurídico del beneficiado por el acto administrativo impugnado, puesto que ello “significaría que cualquier impugnación jurisdiccional transmutaría, sin más, en una mera expectativa, no susceptible de indemnización, cualquier, a su vez, situación jurídica afectada por la misma, y tampoco eso puede admitirse si se enuncia con pretensiones de generalización” (Sentencia ya mencionada de 13 de octubre de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:7838-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a).

Es precisamente en esta última sentencia donde el Tribunal Supremo procede a disociar la anulación del acto administrativo viciado de nulidad de la actuación administrativa que integra el contenido de ese acto, a su vez generadora del daño sufrido y no amparada por una norma que exija a quien lo padece el deber de soportarlo. Entiende que “poco importa que los recurrentes fueran o no conocedores de la impugnación, porque el título de imputación,

importa insistir en ello, no es la anulación, que tenían obligación jurídica de soportar como derivada de un pronunciamiento jurisdiccional firme, sino la actuación administrativa irregular que nunca podía serles imputada y en la que, mientras no se demuestre lo contrario, no tuvieron parte eficiente. Es más, lo que resulta de los presupuestos de la sentencia es que los recurrentes, como cualquier ciudadano en la misma circunstancia, confiaron de buena fe en la legalidad de la convocatoria, participaron en ella y obtuvieron sus plazas en propiedad que ejercieron ininterrumpidamente con posterioridad. Si después, por causas a ellos no imputables, fueron privados de sus puestos de trabajo (privación derivada de la anulación jurisdiccional tantas veces mencionada) no puede decirse que, porque deban atenerse, y acatar, las consecuencias de esa anulación, tengan, también, que soportar las consecuencias de la inicial actuación administrativa. Ningún precepto legal avala, ni podría avalar, dicha conclusión. Es una diferencia de matiz, pero sin duda una diferencia trascendental para los intereses de quienes aquí recurren”.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por el respeto al “derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables”, de conformidad con los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, manteniendo los nombramientos efectuados inicialmente por la Administración aunque se decrete la anulación parcial o total del proceso selectivo (Sentencias de 21 de diciembre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:9317- y 29 de septiembre de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:4115-, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

En definitiva, y a los solos efectos de declarar la responsabilidad de la Administración autonómica, no puede cuestionarse que la situación jurídica de los aspirantes aprobados y nombrados como personal estatutario fijo no era la de titulares de una mera expectativa, como sería la de acceder a esos puestos de trabajo o, en general, la de ingresar en la Administración convocante del concurso-oposición, toda vez que tras superar -de buena fe- el correspondiente proceso selectivo ejercieron su puesto de forma ininterrumpida desde el

nombramiento hasta que se produjo su cese en virtud del pronunciamiento judicial tantas veces aludido, cinco años después, como consecuencia del irregular proceder del Presidente del Tribunal de Selección y, por ende, de la Administración autonómica, lo que ha generado en la esfera de la interesada un perjuicio moral que no tenía el deber jurídico de soportar consistente en la anulación de su nombramiento como personal estatutario fijo y la consiguiente obligación de concurrir a una nueva prueba selectiva de resultado incierto, tanto en lo referido a su éxito como a las consecuencias laborales derivadas de la misma (por ejemplo, elección de plaza y destino).

SÉPTIMA.- Sentado lo anterior, debemos pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria que corresponde a la reclamante.

La propuesta de resolución, además de ser desestimatoria, considera que la indemnización solicitada por la interesada es "una pretensión desorbitada que carece de justificación".

Por su parte, la perjudicada fija su petición resarcitoria en 100.000 €, sin aportar mayor desglose o fundamentación sobre esta cantidad. Ahora bien, como ya pusimos de manifiesto en la consideración sexta, de la documentación obrante en el expediente resulta acreditado que la perjudicada vio anulado su nombramiento como personal estatutario fijo pasando de una situación de estabilidad a un nuevo escenario de incertidumbre, viéndose avocada a la necesidad de superar un nuevo proceso selectivo para obtener la plaza de la que se vio despojada. También consta que ha superado nuevamente dicho proceso tras la repetición de la segunda prueba, aunque ha obtenido plaza en un centro hospitalario distinto.

Pese a la dificultad en tasar los padecimientos de índole moral en este tipo de supuestos, en los que su singularidad determina la escasez de casos similares que permitan fijar parámetros objetivos de valoración, las circunstancias concurrentes en el asunto examinado, singularmente el tiempo transcurrido desde el nombramiento, la pérdida de una plaza adjudicada con carácter definitivo y la necesidad de volver a concurrir a unas pruebas selectivas para obtenerla, la naturaleza del hecho causante de la anulación -la

irregularidad en el actuar administrativo-, así como la incidencia de lo anterior en su esfera personal y profesional, nos conducen a valorar el sufrimiento moral padecido por la interesada, de forma prudencial, en 3.000 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.-

ANEXO

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA-VOCAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DOÑA MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CACHERO AL DICTAMEN MAYORITARIO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 41/2018

La Consejera que suscribe disiente del texto del dictamen mayoritario aprobado por el Pleno del Consejo Consultivo el día 17 de enero de 2019, no compartiendo la decisión adoptada pues entiende que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias.

Como **ANTECEDENTES DE HECHO** y al margen de dar por reproducidos todos los que constan en el dictamen aprobado, interesa resaltar, en resumen, los siguientes:

PRIMERO.- La interesada reclama responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida de su condición de personal estatutario fijo en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016. Dicha sentencia estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 14 de octubre de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (dictada en el recurso número 239/2012) (LA LEY 169753/2014), y anulándola en el sentido de estimar en parte el recurso contencioso interpuesto en la instancia y anular, por no ser conformes a derecho, las actuaciones del procedimiento selectivo litigioso a partir de la segunda prueba de la fase de oposición (consistente en la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre cuatro propuestos por el Tribunal); con la condena a la Administración demandada a que, previo el

nombramiento de un nuevo Tribunal Calificador, celebre de nuevo esa segunda prueba y prosiga a partir ella el procedimiento selectivo hasta su finalización.

El recurso contencioso administrativo se había interpuesto contra la Resolución de fecha 11 de julio de 2011 del Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada por la que se desestima el recurso de alzada contra la Resolución de 13 de mayo por la que se publicó la lista de aprobados del primer examen, así como la Resolución de 26 de mayo por la que se publica la lista de aprobados del segundo examen del proceso selectivo para la provisión de 23 plazas de la categoría de Facultativos Especialista de Área, en la especialidad de Medicina Interna, Grupo A, Subgrupo A1, dependientes del SESPA en régimen de personal estatutario fijo y por el sistema de concurso-oposición convocado por Resolución de 17 de diciembre de 2008, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos (BOPA 31/12/2008) y sucesivas modificaciones.

SEGUNDO -Finalizado el proceso selectivo, la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias dictó Resolución el 15 de diciembre de 2011 por la que *“se nombró personal estatutario fijo a los aspirantes que superaron el procedimiento selectivo, con la correspondiente adjudicación de plazas”*.

Posteriormente, y en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo citada, con fecha se dictó Resolución de 2 de enero de 2017, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se declaró la nulidad de nombramientos llevados a cabo por la Resolución de 15 de diciembre de 2011, retrotrayendo sus efectos al momento en que tuvo lugar la toma de posesión de los interesados como personal estatutario fijo, permaneciendo desde dicha fecha en la situación de personal estatutario interino en la plaza adjudicada en el proceso selectivo anulado en parte con los efectos económicos y administrativos que procedan, todo ello de acuerdo con el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 2 de diciembre de 2016 que *“acordó no haber lugar a la solicitud de declaración de imposibilidad material de la ejecución”*.

TERCERO.- En la reclamación formulada por la interesada se indica que *“la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial asciende a 100.000 euros, el principio de indemnidad obliga a esta Administración a una reparación integral del daño sufrido”*. Es posteriormente, en el escrito de alegaciones cuando, además de aludir a perjuicios materiales, se mencionan por lo que aquí interesa, los daños morales manifestando que *“durante más de seis años se ha mantenido la reclamante en una situación de incertidumbre hasta que resolvió su situación profesional, lo que como es lógico afecta también a su vida personal, perjuicio que debe ser económicamente reparado al no existir forma diferente de compensación (...)*. La anulación del proceso selectivo ha obligado nuevamente a tener que preparar las pruebas con la lógica tensión que ello conlleva, la incertidumbre del resultado y las horas de esfuerzo dedicadas a la preparación de las pruebas. Todo este proceso la reclamante ya lo había realizado y superado, de una forma que resultó baldía por anulación del proceso, debiendo por tanto repararse el perjuicio moral que supone las largas horas de dedicación a la superación de las pruebas, y que resultaron infructuosas por mor de la actuación administrativa.

Alega también *“la pérdida de la plaza de profesor asociado de la Universidad de Oviedo, con el perjuicio no ya solo económico al que se ha hecho referencia, sino también con la pérdida de prestigio profesional y la posibilidad de desarrollar plenamente su labor docente e investigadora (...)”*. Finalmente alude a *“una ruptura en la vida profesional que se encontraba totalmente consolidada al haber puesto en marcha la Unidad de Enfermedades Importadas”*.

CUARTO.- Ante la reclamación formulada y una vez tramitado el procedimiento, el Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma, con apoyo en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2001 -que enjuicia un caso *“muy similar”*-, que en el supuesto que nos ocupa *“la pérdida de la condición de personal estatutario fijo fue (...) consecuencia de la*

aplicación de la legalidad por el Tribunal Supremo y no supuso la privación de un derecho sino la declaración de que no le correspondía el mismo". Por tanto, "la Administración se limitó a cumplir la sentencia en sus propios términos y con ello su obligación legal de acatar los mandatos judiciales, algo que todos los particulares tienen el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Por todo ello, la Administración no podía sino anular los nombramientos retrotrayéndolos al momento de la toma de posesión de los interesados como personal estatutario fijo y repetir el procedimiento de selección en los términos establecidos, lo cual pone de manifiesto la falta de antijuridicidad de los daños derivados de la ejecución de sentencia".

En cuanto al daño moral, considera que "se trata de una pretensión desorbitada que carece de justificación en modo alguno y que procede rechazar por los mismos motivos que utiliza la Audiencia Nacional en la Sentencia de 5 de julio de 2001 (...). En ningún momento tiene en cuenta para modular dicha petición que la Administración la ha mantenido en el puesto después de dictada la sentencia hasta la finalización del procedimiento selectivo celebrado en ejecución de sentencia en el que finalmente ha vuelto a obtener plaza como personal estatutario fijo, no habiendo dejado de trabajar en ningún momento (...). En este caso la reclamante hace una petición genérica, ambigua y desorbitada que vincula genéricamente a los cambios producidos en su situación anterior pero sin acreditar la existencia de los daños por los que reclama ni los motivos por los que obtiene dicha cantidad".

Asimismo, reclama daños por la pérdida de la plaza como profesora asociada no aportando ningún documento que justifique tal extremo.

Finalmente, invoca la doctrina jurisprudencial que pone el acento, "para apreciar la antijuridicidad del daño (...), en "la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de razonabilidad exigibles", y concluye que "a los solos efectos de resolver la presente reclamación la actuación de la Administración proponiendo unos casos prácticos y no otros no resulta antijurídica, pues la potestad de la Administración no ha sido utilizada de manera evidente y manifiesta en sentido contrario a la norma y su actuación está dentro de los parámetros de racionalidad exigibles".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Conviene reflejar que a lo largo del presente Voto Particular se seguirá la misma sistemática utilizada con el dictamen aprobado, y en tal sentido manifiesto mi conformidad con las consideraciones jurídicas primera a quinta.

En cuanto a la sexta, y sin entrar a analizar los daños materiales o patrimoniales que el dictamen aprobado desestima, se manifiesta disconformidad absoluta en relación a lo que se fundamenta respecto a los daños morales y lógica consecuencia de lo anterior se muestra disconformidad con la consideración séptima.

SEGUNDA.- Cabe iniciar la exposición con el análisis de la existencia del daño y su antijuridicidad, haciendo únicamente referencia a los daños morales que son los que se presumen en el dictamen aprobado para proceder, en su conclusión, a su indemnización a tanto alzado.

El principio general de derecho de la *restitutio in integrum* se predica del derecho de daños, tanto en la justicia civil como administrativa, y precisando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 octubre de 2015 (rec. 2017/2013) que «deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”.

También ha señalado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia que el daño debe ser cierto, verdadero e indubitable.

Resulta evidente que los daños morales revisten una intrínseca dificultad probatoria pero ello no nos puede llevar a presumir dichos daños por la mera afirmación del interesado, como así sucede en el dictamen aprobado. Para la indemnización de un daño moral no basta una reclamación genérica, como es el caso, sino que se requiere una mayor concreción y acreditación.

En el caso que se somete a consideración entiende quien suscribe que no cabe declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por daño moral dado que éste no ha sido acreditado y, en consecuencia, no procede indemnización alguna por este concepto. Y esta doctrina es la que viene manteniendo el Consejo Consultivo del Principado de Asturias desde el inicio de su andadura.

En efecto, en palabras de este Consejo Consultivo *“la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante pesa sobre quien reclama, y aun siendo liviana, existe, de ahí que, aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”* (Dictámenes Núm. 134/15, 184/17 y 209/2018). También ha señalado este Consejo que *“aunque el daño moral tiene un carácter abstracto, espiritual y subjetivo, a fin de efectuar una valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar* (Dictámenes Núm. 6/2018 y 160/2018). En este sentido, como se indica en el Dictamen Núm. 184/2018, *“La prueba del daño moral ha de evidenciar la existencia de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar según establece la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al declarar que ‘el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre (...), salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave’* (Sentencias de 3 de

octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7033-, de 29 de marzo y 30 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:1786 y ECLI:ES:TS:2006:5418- y 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª)”.

Pues bien, en el dictamen aprobado por el Pleno frente al que se formula el presente Voto Particular se modifica, a mi entender, esta doctrina consolidada del Consejo Consultivo relativa a la exigencia de prueba de los daños y se sustituye por la de presunción de los mismos sin motivación alguna.

Curiosamente, y dicho sea con los debidos respetos, para justificar el criterio sostenido de presunción de la realidad de los daños morales se citan como precedentes unos dictámenes que se relacionan y en los que no se mantiene la tesis que se dice que mantienen en el dictamen aprobado.

Así, en el dictamen aprobado se indica que *“este Consejo viene presumiendo la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica. Así, ocurre en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos apreciado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015), y en la pasividad de la Administración ante el cierre de un acceso a una vivienda (Dictamen Núm. 201/2018)”*.

Pues bien, revisados los dictámenes invocados (www.ccasturias.es), y como se verá en su análisis pormenorizado, resulta que mantienen el criterio que se sostiene en el presente Voto Particular puesto que en ninguno de ellos se presumen los daños sino que, en algunos, se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de prueba de los daños reclamados y, en

otros, dichos daños resultan acreditados y valorados en el expediente y así lo manifiesta la propuesta de resolución de la autoridad consultante.

En efecto, en el **Dictamen Núm 51/2018** (*fallecimiento de familiares directos*) se dice textualmente que “*también ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este caso, las interesadas no aportan prueba alguna de las imputaciones que sostienen*”. Y se concluye que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada.

En el segundo dictamen citado, **el 108/2015** (*aborto natural*) se llega a la misma conclusión de no declarar la responsabilidad patrimonial. En el cuerpo del dictamen se indica literalmente “*hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama (...). No queda acreditado que las actuaciones sanitarias desarrolladas con anterioridad a la detección de la gestación de cuatro semanas de la paciente hayan afectado a su desarrollo*”.

En el **Dictamen 91/2008** (*restos cementerio*) no se presume el daño moral sino que éste ya viene reconocido, estimado y valorado por la entidad consultante. Así, en la propuesta de resolución que se remite al Consejo Consultivo ya “*se tiene en cuenta toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los traumas psicológicos producidos por la apertura de diversas sepulturas para identificación de un familiar, de imposible identificación o falta de certeza concluyendo que estamos ante un daño moral apreciando que, en casos análogos, “nuestros Tribunales han valorado como ‘quantum’ indemnizatorio el importe de 3.005 euros”* y en consecuencia se propone dicha indemnización” que es la que finalmente asume el Consejo.

En el **Dictamen 104/2015** (*restos de cementerios*) se contiene una remisión al 91 pero concluye *“que no es posible en el momento actual un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, que ha de retrotraerse el procedimiento”*. Debe destacarse que la propuesta de resolución de la autoridad consultante ya da por acreditado el daño al manifestar que *“debe reconocerse la existencia de nexo causal entre los daños morales (...) y el funcionamiento del servicio público (...) porque queda demostrado que los servicios municipales procedieron al desalojo del columbario sin conocimiento de los familiares (...) incumpliendo el procedimiento legalmente establecido para declarar la caducidad de la asignación en alquiler del columbario, que exige la previa audiencia si pudieran ser identificados los titulares”*.

Finalmente en el dictamen aprobado se invoca con el texto de *pasividad de la Administración ante el cierre de un acceso a una vivienda* el **Dictamen 201/2018**. Revisado el mismo, se advierte, como no podía ser de otra manera, que el Consejo Consultivo en ningún momento presume el daño por el que se declara la responsabilidad patrimonial solicitada sino que éste se encuentra perfectamente probado en el expediente administrativo incluso a través de un pronunciamiento judicial. En efecto, en la fundamentación del dictamen se indica, textualmente, que el incumplimiento de las obligaciones municipales *“lo declaró de modo inequívoco el Tribunal Superior de Justicia, al concluir en su Sentencia de 30 de marzo de 2016 que la “Administración hace caso omiso de su propio inventario, negándose a defender la posesión pública de un bien que tiene inventariado como tal sin modificar el inventario”, al tiempo que del conjunto de la prueba practicada da por “acreditado tanto el uso público como su usurpación” del camino controvertido. Asimismo, continúa el dictamen, resulta acreditada la resistencia de la Administración a cumplir el citado pronunciamiento judicial tal y como pone de relieve el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Oviedo, de 2 de noviembre de 2016, según el cual “un simple examen de las actuaciones seguidas hasta este momento por el Ayuntamiento (...) evidencia bien a las claras lo que es una actuación administrativa renuente a cumplir lo ordenado, realizando un torticero*

uso del procedimiento administrativo con la única finalidad de no cumplir lo debido”.

Tras la cita, errónea, se insiste, de los precedentes de este Consejo y que por tanto no son tales, continúa el dictamen aprobado invocando sentencias del Tribunal Supremo para presumir la existencia del daño moral que, a mi modo de ver, no son aplicables al caso que se analiza.

En efecto, **la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003** de ningún modo presume los daños que tiene en cuenta para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración sino que, como claramente se indica en la misma, éstos no sólo se encuentran acreditados sino que se encuentran reconocidos por la propia Administración demandada (fundamento jurídico tercero). Es decir, queda demostrado en las actuaciones la existencia de un daño moral y, por tanto, en ningún momento lo da por supuesto el Alto Tribunal como sí lo hace el dictamen aprobado por el Consejo.

Tampoco es aplicable a nuestro caso la siguiente sentencia invocada, la **de 21 de octubre de 2004** donde se analiza una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por pérdida de la condición de catedrática de Estadística Teórica y Aplicada de Universidad. La plaza resultó atribuida a un departamento distinto, por lo que se cesó a la catedrática después de superar las pruebas selectivas y obtener el nombramiento obligándola a volver a su plaza de profesora titular. Y no es aplicable a nuestro caso porque, recuérdese, y así se recoge en el relato de hechos, que la reclamante estuvo nombrada siempre en el mismo puesto y ejerciendo las mismas funciones.

Efectivamente, en nuestro caso, tras la anulación del proceso selectivo y en ejecución de sentencia, la reclamante siguió desempeñando sus funciones como especialista de Medicina Interna, no ya como estatutario fijo sino como estatutario interino.

Que ello suponga *“un cambio profesional significativo con evidentes repercusiones en la esfera patrimonial y personal que derivan casualmente de la anulación del nombramiento ordenada por el Tribunal Supremo al declarar la nulidad del segundo ejercicio ante la actitud (sic) irregular del Presidente del Tribunal de selección. Dicho cambio de situación implicó una merma en las retribuciones y en su estatus profesional (pérdida de la plaza fija, frustración de expectativas en la carrera profesional, prestigio)”* son afirmaciones del Consejo sin sustento probatorio alguno.

Con la fundamentación anterior (dictámenes y sentencias no aplicables, a mi modo de ver, al caso que se somete a consideración) llega el Consejo a la conclusión de *“apreciar la existencia de un daño cierto de naturaleza moral -que, ya adelantamos, no tenía el deber de soportar-”*.

Asimismo, *“para apreciar en este caso la realidad y la efectividad del daño moral de la interesada”* alude a la *“singularidad que reviste el supuesto que analizamos”* ya que *“el proceso selectivo fue anulado “como consecuencia de una actuación gravemente irregular del Presidente del Tribunal del proceso selectivo”*.

TERCERA.- Frente a dicha argumentación, considera quien suscribe que es precisamente la singularidad del caso, por la exquisitez con que fue ejecutada la sentencia anulatoria, la que no permite declarar daño alguno puesto que como ya se indicó y así se puso de manifiesto en la propuesta de resolución sometida a consideración y queda reflejado en los antecedentes de hecho del presente Voto Particular, la interesada quedó nombrada en el mismo puesto que se le había adjudicado ejerciendo las mismas funciones sin haber perdido ni un solo día de trabajo.

En supuestos de anulaciones de procesos selectivos donde se solicitó responsabilidad patrimonial por daño moral siempre los Tribunales exigen una prueba de los mismos para su estimación. A modo de ejemplo podemos citar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2017, Rec. 304/2016, cuando

manifiesta que la responsabilidad patrimonial permite la indemnización de un daño pero tal indemnización no puede hacerse en relación o empleando para ello una cantidad que carece por completo de justificación ni motivación por aquella parte que ha solicitado dicha indemnización. El principio de plena indemnidad, claramente aplicable al caso presente, no justifica la estimación de las pretensiones de la parte recurrente puesto que tal principio no hace innecesaria la acreditación de los daños cuya indemnización se pretende.

También cabe citar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de diciembre de 2016, Rec. 168/2014, que analiza un supuesto de efectos de anulación de procesos selectivos donde se manifiesta claramente lo siguiente: En este caso, debe tenerse presente que el artículo 142.4 de la Ley 30/92 (LA LEY 3279/1992) dispone que *«La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme»*. Es jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en interpretación de este precepto, *que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión «STS, Sección Cuarta, de 10 de marzo de 2010 (recurso 2987/2008)»*. Y en cuanto al resto de daños morales alegados, la Administración considera que no cumplen el requisito del artículo 139 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), de tratarse de daños reales, efectivos, verdaderos y constatables (...). El daño, para ser indemnizable, ha de ser real y efectivo, no traducirse en

meras especulaciones o expectativas, incidiendo sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una persona. Si bien, la jurisprudencia ha señalado que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo «STS Sección Cuarta, de 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/09) (LA LEY 6171/2011), con cita de otras anteriores». Pero, en todo caso, debe tratarse igualmente de daños antijurídicos, efectivos y acreditados, excluyéndose, los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere daño efectivo la mera frustración de una expectativa. Es decir, el detrimento personal o patrimonial del perjudicado debe ser constatable en la realidad, cierto, por lo que no basta con la mera alegación del daño, sino que también es precisa su prueba”.

En definitiva, entiende quien suscribe que en la posición mayoritaria del Pleno del Consejo se mantiene la tesis de que la mera anulación de un proceso selectivo provoca un daño moral por sí mismo a los afectados, daño que se concreta, según se indica, “*en la necesidad de concurrir a una nuevas pruebas selectivas de resultado incierto*”. Por ese mero hecho y sin acreditación alguna del daño moral reclamado surgiría inmediatamente el derecho a la indemnización de los afectados. Tesis con la que estoy en radical desacuerdo por colisionar con la normativa aplicable y la consolidada jurisprudencia que se acaba de reseñar.

CUARTA.- Una vez reconocida por el Pleno la realidad de existencia de un daño moral no acreditado, continúa el dictamen aprobado aludiendo a la teoría de la antijuridicidad del daño, que guardando silencio para los daños materiales reclamados solo aplica para los daños morales que presume, análisis de la antijuridicidad que en mi Voto Particular no debe incidir una vez que he

concluido que no resulta acreditado daño moral alguno que dé lugar a indemnización.

No obstante, y sobre dicha cuestión, y por su carácter ilustrativo conviene traer a colación la Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de septiembre de 2014, Rec. 5859/2011), que sobre este asunto resume la doctrina fijada por dicho Tribunal: *“La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación -en sede administrativa o jurisdiccional- de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros: I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella sólo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general; II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio: III) Para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa: `no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a*

soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3.º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3.º); en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2.º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5.º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2.º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3.º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3.º)]´ (STS de 16 de febrero de 2009, casación 1887/07), o, como se dice en nuestra Sentencia (Sección Cuarta) de 2 de febrero de 2012 (casación 462/11): "cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, cual es el caso, bastará en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño (...). Incluso cuando se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas, en su caso, sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes (...). Los recurrentes, a través de estos cinco motivos, entienden que la sentencia yerra, con infracción de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad patrimonial, al excluir la antijuridicidad del daño causado por entender que la actuación del Tribunal Calificador era razonada y razonable, como lo prueba, según la Sala de instancia, el que fuera refrendada por una decisión jurisdiccional, aunque ésta haya sido posteriormente revocada, sosteniendo, en definitiva, la antijuridicidad del daño sobre la base de los pronunciamientos de la STS de 4 de abril de 2007 (casación 1185/02), de la que transcriben párrafos y de los que infieren la irrazonabilidad de la fórmula de corrección utilizada./ Discrepa la Sala de tal apreciación, pues cualesquiera que

sean los términos de dicha sentencia van dirigidos, única y exclusivamente, a casar la sentencia allí impugnada y a anular la Resolución de 21 de mayo de 1999, y sí, de los solos términos de esa sentencia bastara para apreciar la antijuridicidad del daño, la mera anulación de la resolución determinaría la obligación de indemnizar, lo que no se compadece con la uniforme y consolidada jurisprudencia sobre esta materia./ El examen de la antijuridicidad, en estos casos, `no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto anulado, cuya antijuridicidad resulta patente al haber sido así declarada por el Tribunal correspondiente, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el art. 141.1 de la Ley 30/92´ (STS, Sección Cuarta, de 20 de febrero de 2012, casación 462/11, más arriba ya citada)´´.

Aplicando la doctrina reseñada al caso concreto que analizamos se podría poner en duda la antijuridicidad del daño que de forma categórica afirma el dictamen aprobado. Podría perfectamente afirmarse que el acto administrativo anulado se encontraba dentro de los márgenes de lo razonable, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de octubre de 2014 que lo confirmó.

En el caso que se somete a consideración el elemento que distorsiona el margen de razonabilidad y discrecionalidad de la Administración, en su caso, sería la conducta del Presidente del Tribunal frente al que conviene recordar que se desconoce por el Consejo Consultivo si se han ejercitado acciones legales en la jurisdicción que corresponda para exigirle la responsabilidad que, en su caso, hubiera podido incurrir.

En consecuencia, y dado que la prueba de los daños objeto de reclamación no ha sido aportada ni se deduce del expediente, y la existencia de dicho daño no puede ser objeto de presunción como hace el dictamen aprobado, entiende quien suscribe que no procede declarar la responsabilidad

patrimonial solicitada y por ende no procede analizar cuantía indemnizatoria alguna.

En base a lo expuesto queda formulado el presente Voto Particular, contrario a la declaración de responsabilidad de la Administración del Principado de Asturias en coherencia con lo argumentado en la sesión plenaria del Consejo Consultivo que aprobó el dictamen y con el máximo respeto a la opinión del resto de los vocales.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,