

Dictamen Núm. 293/2020

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 29 de diciembre de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 14 de agosto de 2020 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Universidad de Oviedo formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la exclusión de un proceso selectivo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 1 de julio de 2019, el interesado presenta en el registro de la Universidad de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la anulación en vía contencioso-administrativa de su exclusión del proceso selectivo convocado para la provisión temporal de una plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología

Humanas), mediante oferta de empleo público a través del Servicio Público de Empleo Estatal.

Señala que por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución “de 19 de septiembre de 2017 del Rectorado de la Universidad de Oviedo”, por la que desestimaba el recurso de alzada formulado contra “el Acuerdo de 1 de junio de 2017, de la Comisión de Selección para la adjudicación de una plaza de Técnico Especialista en Laboratorio, Grupo III, y de reposición contra la Resolución de 15 de mayo de 2017, por la que se nombra la Comisión de Selección para la adjudicación temporal de una plaza de Técnico Especialista en Laboratorio, Grupo III, previa oferta de empleo público” a través del Servicio Público de Empleo Estatal, y la Resolución de 2 de junio de 2017, por la que se adjudicó la plaza en cuestión, por ser contrarias a derecho y en consecuencia nulas, declarando el derecho del recurrente a “participar en el procedimiento selectivo a través de una convocatoria pública abierta”.

Entiende el reclamante que “en la mecánica de los hechos (...) concurren todos y cada uno” de los “elementos-presupuestos” de este tipo de reclamaciones y, “por tanto, la obligación de indemnizar los daños causados”.

En lo referente a la evaluación económica del daño, considera que “la determinación del *quantum* indemnizatorio, en definitiva, su reparación, ha de tener el carácter de compensación económica presidida por el principio de restitución patrimonial íntegra”, señalando que “dado el tiempo transcurrido ello solo puede tener efectos en lo que es a la cantidad equivalente a los efectos económicos derivados de haber sido propuesto como suplente desde junio de 2017, pasando a integrar la lista de contratación temporal de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, Área de Anatomía y Embriología Humanas, ordenado en segundo lugar a continuación de la adjudicataria de la plaza y contratado como la persona indebidamente llamada con prelación al mismo mediante contrato (...) relevo con jornada del 75 % con efectos de 1 de septiembre de 2017 y hasta el 31 de agosto de 2018 (...); así como el reconocimiento a efectos administrativos como servicios prestados, a los

efectos de puntuación del tiempo trabajado por dicha persona, en el periodo concernido”.

2. Con fecha 16 de septiembre de 2019, el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que se admite a trámite la reclamación y se nombra instructora del procedimiento.

Mediante escrito de 17 de septiembre de 2019, la Instructora del procedimiento comunica al interesado la fecha de recepción de su solicitud, la incoación del mismo, el plazo máximo de resolución legalmente establecido y los efectos del silencio administrativo.

3. Previo requerimiento formulado por la Instructora del procedimiento el 25 de septiembre de 2019, se incorpora a las actuaciones una copia del expediente obrante en el Servicio Jurídico de la Universidad de Oviedo en relación con los hechos objeto de reclamación.

Obra en el mismo la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 27 de marzo de 2018, en la que se señala que, “en este caso y aplicando los principios (...) de igualdad y de publicidad de las ofertas de empleo público, resulta patente que la convocatoria restringida a tres de las oficinas de empleo” del Servicio de Empleo Público Estatal “y la falta de una mayor difusión son contrarias a derecho por no respetar el principio de máxima publicidad y por no asegurar el principio de igualdad de acceso de quienes, en principio, cumplían los requisitos para participar en el procedimiento selectivo./ Por una parte, no se entiende por este Juzgado que, a pesar de haberse presentado dos candidaturas a través del registro, incluida la del recurrente, no se hayan tenido en cuenta y no hayan sido valoradas restringiendo (...) el principio de igualdad de acceso al empleo público./ Por otra parte, tampoco está justificado en el expediente administrativo la restricción de la publicidad y, en definitiva, de los candidatos que podían participar a tres de las oficinas públicas de empleo (...). Es más, y en el caso del ahora recurrente, no hay duda alguna del interés y de la experiencia acreditada en el tipo de

perfil profesional por el que se interesaba la Universidad y el hecho de que cumpliera el requisito de estar inscrito en una oficina de empleo, ciertamente no en la de las tres determinadas por la Universidad pública demandada./ En definitiva y en este caso se ha vulnerado tanto el principio de publicidad como el de igualdad de acceso al empleo público y, en consecuencia, es preciso anular el procedimiento selectivo realizado y (...) la contratación suscrita, declarando el derecho del recurrente a (...) participar en una convocatoria pública y abierta del procedimiento selectivo”.

Consta asimismo que, tras la declaración de firmeza de dicha sentencia, el interesado promueve incidente de ejecución el 11 de junio de 2018 en el que cuestiona la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 16 de mayo de 2018, dictada en ejecución de sentencia. El incidente de ejecución es resuelto por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 19 de julio de 2018, en el que se acuerda “estimar el incidente de ejecución promovido y despachar ejecución forzosa contra la Universidad de Oviedo con el fin de que en un plazo que concluye el 20 de septiembre de 2018 retrotraiga las actuaciones al momento de presentación de todas las candidaturas (...), incluida en particular la del recurrente, con el fin de que por la Comisión de Valoración se determine el orden de prelación en que deberían quedar los candidatos presentados para obrar en consecuencia y, en su caso, para que, por quien corresponda, ocupe temporalmente y hasta que se cubra definitivamente la plaza controvertida”.

Figura también en dicho expediente que, en cumplimiento del referido auto, el día 3 de septiembre de 2018 se reúne la Comisión de Selección al objeto de valorar los méritos académicos y profesionales de la solicitud presentada por el ahora reclamante. En sesión celebrada el 18 de septiembre de 2018 se procede a la realización de la entrevista con el candidato reclamante y a la valoración de sus méritos, elevando una nueva propuesta de adjudicación de la plaza controvertida al Rector de la Universidad de Oviedo que no afecta a la candidata propuesta, figurando en ella el ahora reclamante como suplente. A la vista de esta nueva propuesta de adjudicación de la Comisión de Selección, el

19 de septiembre de 2018 el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que se adjudica temporalmente la plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología Humanas), a la misma persona a la que se había adjudicado la plaza por Resolución de 2 de junio de 2017, declarada nula por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 27 de marzo de 2018.

También se desprende de dicha documentación que posteriormente la Universidad de Oviedo, ante la jubilación parcial de uno de sus trabajadores prevista para el 1 de septiembre de 2017, hace uso de “la lista de reserva” resultante del proceso selectivo cuestionado en vía administrativa por el ahora reclamante, y formaliza un contrato relevo, con una jornada del 75 % y una duración de un año, para un puesto de Técnico de Laboratorio en el Departamento de Psicología con la candidata entonces suplente. A la vista de ello el reclamante plantea, con fecha 23 de noviembre de 2018, un segundo incidente de ejecución de sentencia en el que solicita proseguir con la ejecución de la Sentencia de 27 de marzo de 2018. Este segundo incidente es resuelto por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 18 de diciembre de 2018, por el que se acuerda “desestimar la continuación del incidente de ejecución al considerar cumplida la sentencia”. Al efecto se razona que “una vez examinada la sentencia cuya ejecución se pretende, y teniendo en cuenta el alcance del enjuiciamiento, lo cierto es que la sentencia anuló el procedimiento selectivo y se ordenó llevar a cabo una admisión y valoración de méritos, en particular, del recurrente, lo que ha resuelto la Universidad./ En este caso la Universidad ha cumplido lo decidido en la sentencia y (...) ha de subrayarse que el Juzgado no fue advertido de las consecuencias del nombramiento como sustituto como no sea la de ser nombrado para la adjudicación de la plaza controvertida y no para otro puesto o contrato o inclusión en una determinada lista, como ahora se alega, y que no se suscitó durante la fase declarativa del presente procedimiento judicial. Así pues, y en

este caso, debe estimarse cumplida y ejecutada la sentencia en sus propios términos”. El día 31 de enero de 2019 se declara la firmeza de este Auto.

4. También a requerimiento de la Instructora del procedimiento, se adjuntan al expediente cuantos antecedentes obran en el Servicio de Gestión de Personal y un informe elaborado el 2 de octubre de 2019 por la Jefa de dicho Servicio, con el visto bueno de la Gerenta de la Universidad de Oviedo.

En el informe se señala, a los efectos que aquí interesan -contrato relevo formalizado el 1 de septiembre de 2017 para un puesto de Técnico de Laboratorio en el Departamento de Psicología con la candidata que figuraba como sustituta en la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 2 de junio de 2017-, que la provisión de este concreto puesto “nunca constituyó objeto de reclamación, ni de demanda alguna y, en consecuencia, tampoco del auto judicial”.

5. Mediante acuerdo de 11 de diciembre de 2019, la Instructora del procedimiento dispone la apertura de un periodo prueba y pone de manifiesto que, “no habiendo solicitado otra prueba (...) el interesado, la prueba practicada consiste únicamente en documental, practicada de oficio”, que se concreta en los expedientes remitidos por los Servicios de Gestión de Personal y Jurídico de la Universidad de Oviedo.

El día 17 de diciembre de 2019 el reclamante acusa recibo de este acuerdo.

6. Con fecha 3 de febrero de 2020, la Instructora del procedimiento comunica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

Previa comparecencia de este el 19 de febrero de 2020 en el Servicio de Organización Administrativa y Asuntos Generales para examinar el expediente y obtener una copia de los documentos que interesa, el día 24 de ese mismo mes presenta en el registro de la Universidad de Oviedo un escrito de alegaciones en el que se reafirma en su reclamación, toda vez que “de haber sido admitido

al proceso selectivo convocado en mayo de 2017 para provisión temporal de una plaza y según ha dado de sí dicho proceso, constando la oportuna valoración por el órgano técnico en ejecución de sentencia, si bien no hubiera sido propuesto para la provisión temporal de la única plaza convocada porque sigue siendo mejor valorada quien resultó finalmente adjudicataria, sin embargo pasaría a ser suplente por ostentar la segunda mejor nota en lugar de quien finalmente fue considerada tal, preterida por ello en la lista y llamada para contrato relevo desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2018”.

7. El día 12 de marzo de 2020, la Instructora del procedimiento extiende diligencia por la que se incorpora al expediente el certificado emitido ese mismo día por la Jefa del Servicio de Régimen Económico de Personal de la Universidad de Oviedo. En él se recogen las retribuciones satisfechas en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2017 y el 31 de agosto de 2018 -distinguiendo entre las abonadas en 2017 (7.518,18 €) y en 2018 (16.873,73 €)- a la persona que figuraba como sustituta en la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 2 de junio de 2017.

8. Ante la incorporación al expediente de esta nueva documentación, mediante acuerdo de 8 de junio de 2020 la Instructora del procedimiento dispone la apertura de un segundo trámite de audiencia por un plazo de diez días.

Previa comparecencia del interesado en las dependencias administrativas el 19 de junio de 2020 para examinar el expediente y obtener copia de la documentación que interesa, el 24 de ese mismo mes presenta en el registro de la Universidad de Oviedo un escrito de alegaciones en el que se reafirma en su reclamación.

9. Con fecha 14 de julio de 2020 la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución. En ella, tras dar por acreditada “la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público, en este caso el Servicio

de Personal de la Universidad de Oviedo, y el daño causado, que se concreta en la `no contratación´ para el citado contrato (...) relevo, por lo que el reclamante deja de percibir el salario correspondiente al mismo”, motiva su sentido desestimatorio argumentando que el daño causado adolece de la imprescindible nota de antijuridicidad, conclusión que alcanza al considerar de plena aplicación a la presente reclamación la doctrina del “actuar razonado y razonable de la Administración” recogida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, 17 de febrero de 2015 y 7 de noviembre de 2017.

Con base en dicha jurisprudencia, estima “que el Servicio de Personal de la Universidad actuó conforme a lo que establecía el Convenio Colectivo y la práctica habitual en este tipo de provisiones urgentes de puestos de trabajo temporales de personal laboral, realizando la convocatoria a través del (Servicio Público de Empleo Estatal), que se encargaría de la preselección de candidatos, y que a consecuencia de ello la Comisión de Selección actuó también de forma `razonable´ y `lógica´, dentro de los márgenes de sus facultades discrecionales al no considerar la solicitud” presentada por el interesado “por no figurar en la lista de candidatos proporcionada por el (Servicio Público de Empleo Estatal); en el presente caso nos encontramos ante una lesión que el particular tiene el deber de soportar de acuerdo con la ley, al faltar el requisito fundamental e imprescindible de la `antijuridicidad del daño´”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de agosto de 2020, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del expediente núm. de la Universidad de Oviedo, 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.

Tratándose de una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Universidad de Oviedo, conviene señalar que la competencia de este Consejo para la emisión de dictamen con carácter preceptivo deriva de la calificación de la misma como Administración pública del Principado de Asturias, y como tal sujeta en su actuación a la legislación administrativa, sin perjuicio de su autonomía para el cumplimiento de sus fines institucionales de docencia e investigación.

Así lo venimos reiterando desde el Dictamen Núm. 103/2006, y lo mantuvimos en los Dictámenes Núm. 42/2017 y 214/2017, en los que también tuvimos ocasión de reflexionar acerca de cómo hasta la entrada en vigor el pasado 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), venía siendo unánime la consideración de las Universidades públicas como Administraciones públicas, siendo numerosísimos los pronunciamientos, tanto doctrinales como jurisprudenciales, en la materia que sostienen tal planteamiento partiendo de la calificación de la naturaleza jurídica de las Universidades en las leyes configuradoras del régimen jurídico básico de la Administración pública (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2012, de 29 de octubre -ECLI:ES:TC:2012:192-). Completábamos en este último dictamen nuestra reflexión al respecto señalando que en la actualidad la LPAC y la LRJSP (artículo 2 de ambas

normas) “parecen haber alumbrado para las Universidades públicas un régimen jurídico diferenciado del que sería propio de las Administraciones públicas y en el que las previsiones normativas que integran el llamado procedimiento administrativo común no resultaría aplicable a las Universidades más que con carácter supletorio en lo que no se encuentre previsto en su normativa específica”. Así las cosas, y no habiendo variado en el momento de emitir este dictamen dichas condiciones, nos encontramos con que, tratándose de una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Universidad de Oviedo, habrá que estar a lo dispuesto en sus Estatutos, aprobados por Decreto del Principado de Asturias 12/2010, de 3 de febrero, cuyo artículo 109 establece que “La Universidad de Oviedo, por su carácter de Administración pública, se ajustará en sus actuaciones a lo establecido en la legislación universitaria específica y en las normas generales sobre actuación y régimen jurídico de las Administraciones públicas”. Teniendo en cuenta esta remisión hemos de concluir que, al margen de cuál haya de ser la exacta calificación de su naturaleza jurídica, la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen frente a la Universidad de Oviedo debe regirse por lo dispuesto en la LPAC, cuyo artículo 81.2, puesto en relación con el artículo 13.1, letra k), de nuestra Ley reguladora, impone el carácter preceptivo de nuestro dictamen en aquellas reclamaciones en las que la cuantía reclamada exceda, tal y como acontece en el presente supuesto, de seis mil euros.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
<http://www.ccasturias.es>

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LRJSP, está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Universidad de Oviedo 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 de la 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 el día 1 de julio de 2019 y, si bien la sentencia que anula los actos cuestionados por el reclamante reconociendo su derecho a participar en el proceso selectivo del que había sido injustamente preterido fue dictada el 27 de marzo de 2018, adquiriendo firmeza el 8 de mayo de ese mismo año, consta en el expediente que el perjudicado interesó el 11 de junio de 2018 su ejecución forzosa al estar disconforme con la Resolución del Rector de 16 de mayo de 2018, por la que se ejecutaba aquella. Este incidente de ejecución fue resuelto por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 19 de julio de 2018, en el que se acuerda "estimar el incidente de ejecución promovido y despachar ejecución forzosa contra la Universidad de Oviedo con el fin de que en un plazo que concluye el 20 de septiembre de 2018 retrotraiga las actuaciones al momento de presentación de todas las candidaturas (...), incluida en particular la del recurrente, con el fin de que por la Comisión de Valoración se determine el orden de prelación en que deberían quedar los candidatos presentados para obrar en consecuencia y, en su caso, para que, por quien corresponda, ocupe temporalmente y hasta que se cubra definitivamente la plaza controvertida". En cumplimiento de este auto, la Comisión de Selección se reúne al objeto de realizar la entrevista con el reclamante y de valorar sus méritos académicos y profesionales, elevando al Rector de la Universidad de Oviedo una nueva propuesta de adjudicación de la plaza controvertida que no afecta a la candidata propuesta en la resolución recurrida, pero sí a la persona que figuraba en ella como suplente. A la vista de la nueva propuesta de adjudicación de la Comisión de Selección, el 19 de septiembre de 2018 el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por

la que se adjudica temporalmente la plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología Humanas), a la misma persona que había resultado adjudicataria en la anterior Resolución de 2 de junio de 2017, figurando en ella el ahora reclamante como aspirante sustituto.

En consecuencia, si tomamos la fecha del 19 de septiembre de 2018 como día en el que se puso de manifiesto para el interesado el efecto lesivo del irregular proceder de la Universidad de Oviedo, al ver reconocida en ese momento su consideración de candidato suplente en el proceso selectivo del que había sido injustamente excluido, es claro que la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 1 de julio de 2019 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, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Es objeto de análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el interesado reclama a la Universidad de Oviedo una indemnización por los daños y perjuicios que considera le han sido causados por la no toma en consideración por la Comisión de Selección correspondiente de la solicitud que presentó para tomar parte en un proceso selectivo para la contratación, con carácter temporal, de una plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología Humanas), mediante oferta pública a través del Servicio Público de Empleo Estatal.

Planteada demanda contra la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 19 de septiembre de 2017, por la que se desestimaba tanto el recurso de alzada formulado por el interesado frente al Acuerdo de la Comisión de Selección de 1 de junio de 2017, de propuesta de adjudicación de la referida plaza, como los potestativos de reposición presentados contra las Resoluciones de 15 de mayo de 2017, por la que se nombra a la Comisión de Selección, y 2 de junio de 2017, por la que se adjudica la plaza en cuestión, con fecha 27 de marzo de 2018 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo dicta sentencia por la que se declara la nulidad de estos actos y se reconoce al reclamante su derecho a participar en el procedimiento selectivo a través de una convocatoria pública y abierta.

En trámite de ejecución de sentencia el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución, el 19 de septiembre de 2018, por la que se adjudica temporalmente la plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología Humanas), a la misma persona a la que había sido adjudicada en la anterior Resolución de 2 de junio de 2017, y en la que figura el interesado como aspirante sustituto, desplazando de este modo a la candidata designada como tal en esta última Resolución.

Teniendo en cuenta que la Universidad de Oviedo había formalizado el 1 de septiembre de 2017 un contrato relevo, con una jornada del 75 % y una duración de un año, para un puesto de Técnico de Laboratorio en el Departamento de Psicología con la candidata inicialmente designada como sustituta en la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 2 de junio de 2017, el reclamante solicita ser indemnizado con una "cantidad equivalente a los efectos económicos derivados de haber sido propuesto como suplente desde junio de 2017 (...), así como el reconocimiento a efectos administrativos como servicios prestados, a los efectos de puntuación del tiempo trabajado por dicha persona, en el periodo concernido".

La situación descrita nos sitúa ante una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que el particular lesionado anuda los daños y perjuicios sufridos, y cuya indemnización postula, al hecho de que los mismos derivan en una relación directa de causa a efecto de la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de un acto previo de la Administración frente a la que se reclama.

Al respecto, debemos comenzar por recordar que el artículo 32.1 de la LRJSP, en su segundo párrafo, establece 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, como primera conclusión, 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 de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial vendrá determinado por la concurrencia o no de la totalidad de los requisitos establecidos con carácter general.

A los expresados efectos, la Universidad de Oviedo entiende que no existe duda alguna con respecto tanto a la efectividad del daño cuya indemnización se postula, como a su conexión con el funcionamiento del servicio público. Así, se razona en la propuesta de resolución que "de la prueba

practicada se infiere efectivamente” que el reclamante “debió ser admitido desde el principio en la convocatoria para la provisión temporal de la plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, y que de haber sido así hubiera quedado en segundo lugar, lo que le hubiera hecho figurar en la `lista de reserva´ creada mediante convocatoria pública (...) para un puesto de esta categoría para el Departamento de Morfología y Biología Celular en primer lugar, por lo que hubiera sido contratado para el contrato (...) relevo por jubilación parcial en lugar de la persona que fue contratada./ Por ello, se acredita la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público, en este caso el Servicio de Personal de la Universidad de Oviedo, y el daño causado, que se concreta en la `no contratación´ para el citado contrato (...) relevo, por lo que el reclamante deja de percibir el salario correspondiente al mismo”.

No obstante, y a pesar de este reconocimiento, la Universidad de Oviedo propone la desestimación de la reclamación formulada al considerar, en aplicación de la doctrina conocida como “margen de tolerancia”, que el daño causado al reclamante carece de la imprescindible nota de la antijuridicidad, entendida la misma, a tenor de lo establecido en el inciso final del párrafo primero del artículo 32.1 de la LRJSP, como expresión de un daño que tenía “el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”; conclusión a la que se llega con base en la caracterización que de la referida nota de antijuridicidad se hace en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita -Sentencias de 20 de noviembre de 2013 -ECLI:ES:2013:5751-, 17 de febrero de 2015 -ECLI:ES:2015:529- y 7 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:2017:3972-, conforme a la cual -según se señala- “solo cuando la actuación ilegal es, además, ilógica, arbitraria o irrazonable se considera `antijurídico´ el daño causado”. Partiendo de dicha jurisprudencia, se indica que “esta doctrina ya consolidada del `actuar razonado y razonable de la Administración´ en el ejercicio de sus potestades discrecionales, y aun en el caso de potestades regladas cuando exista cierto margen de apreciación, es claramente aplicable al caso que nos ocupa”, toda vez que en el procedimiento selectivo seguido “el Servicio de Personal de la Universidad de Oviedo se limitó a aplicar el Convenio Colectivo, artículo 20.2,

en cuanto que establece que en estas convocatorias de adjudicación temporal de un puesto, concurriendo razones de urgencia y no pudiendo cubrirse la vacante por el procedimiento regulado en los apartados anteriores, cabe acudir a la contratación temporal (...) con la única premisa de ser requisito imprescindible estar inscrito como demandante de empleo o mejora de empleo en el Servicio Público de Empleo”.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, este Consejo coincide con la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración tanto en lo relativo a la acreditación de la efectividad del daño cuya indemnización se postula, como a su conexión con el funcionamiento del servicio público, pero no comparte el razonamiento, ni consecuentemente las conclusiones asociadas al mismo, que considera razonado y razonable el actuar de la Universidad y le lleva a privar de la nota de la antijuridicidad al perjuicio efectivamente causado.

En este sentido, conviene tener en cuenta -como ya hemos indicado en el Dictamen Núm. 13/2019 en unos términos en los que ahora nos reiteramos- 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).

En el supuesto que nos ocupa, de los datos obrantes en el expediente se desprende que por Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 15 de mayo de 2017 fue nombrada la Comisión de Selección encargada de adjudicar temporalmente, hasta la finalización del proceso selectivo convocado para su provisión por personal fijo, una plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, previa oferta pública de empleo a través del Servicio Público de Empleo Estatal. En la comunicación dirigida a este Servicio se solicitó que fueran objeto de preselección personas inscritas en las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal de Oviedo, Gijón y Mieres, ciudades en las que se ubican los tres campus existentes en la Universidad de Oviedo. Habiendo tenido conocimiento el reclamante de esta convocatoria a raíz de la publicación en la página web de la Universidad de Oviedo de la Resolución del Rector de 15 de mayo de 2017, presentó su solicitud de participación en el proceso selectivo a través del registro de la Universidad sin que resultase preseleccionado por ninguna de las oficinas de Oviedo, Gijón o Mieres, al estar domiciliado en Puerto de Vega. En la primera reunión de la Comisión de Selección constituida al efecto, celebrada el 30 de mayo de 2017, se constata la renuncia de dos de los quince candidatos preseleccionados por las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal, al no presentar documentación alguna. Igualmente, consta la existencia de “dos solicitudes a través del registro de la Universidad”, una de ellas la presentada por el ahora reclamante. Suscitado debate en el seno de la Comisión acerca de la conveniencia de proceder a la valoración de estas dos solicitudes, la Comisión de Selección acuerda no tomarlas en consideración. Tras la realización el 31 de mayo de 2017 de las entrevistas correspondientes con los trece candidatos restantes y valorar los méritos incluidos en el baremo de aplicación, la Comisión de Selección acuerda proponer a la candidata con mayor puntuación -8 puntos-, y como aspirante suplente a la que la siguió en el orden de puntuación -3,44 puntos-. El 1 de junio de 2017 la Secretaria de la Comisión de Selección, con el visto bueno de la Presidenta, acuerda hacer pública la valoración de los méritos

y la relación final, por orden de puntuación, obtenida por los aspirantes, elevando al Rector propuesta de adjudicación de la plaza a la candidata con mayor puntuación, así como disponer la publicación de este acuerdo en los tablones de anuncios de los Registros General y Auxiliares de la Universidad de Oviedo y en su página web. El día 2 de junio de 2017, el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que se adjudica temporalmente la plaza objeto de convocatoria a la candidata propuesta, designándose como suplente a la que la siguió en puntuación.

Pues bien, este proceso de selección fue objeto de cuestionamiento primero en vía administrativa y después en vía contencioso-administrativa por el ahora reclamante. En efecto, con fecha 14 de junio de 2017 el interesado presenta en el registro de la Universidad de Oviedo un recurso potestativo de reposición frente a la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 15 de mayo de 2017, por la que se nombró la Comisión de Selección. El día 20 de junio de 2017 interpone recurso de alzada frente al Acuerdo de la Comisión de Selección de 1 de junio de 2017, por el que se hace pública la valoración de los méritos y la relación final, por orden de puntuación, obtenida por los aspirantes, elevando al Rector propuesta de adjudicación de la plaza a la candidata con mayor puntuación. Con la misma fecha interpone recurso potestativo de reposición frente a la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 2 de junio de 2017, por la que se adjudica temporalmente la plaza objeto de convocatoria a la candidata propuesta y se designa como suplente a la que la siguió en puntuación. Por Resolución de 19 de septiembre de 2017, el Rector de la Universidad de Oviedo, tras acumular los tres recursos presentados, los desestima.

Ya en vía contencioso-administrativa, el 27 de marzo de 2018 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo dicta Sentencia por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante contra la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 19 de septiembre de 2017, por la que desestimaba el recurso de alzada formulado contra el Acuerdo de la Comisión de Selección de 1 de junio de 2017 para la

adjudicación de una plaza de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, y de reposición contra la Resolución de 15 de mayo de 2017, por la que se nombra la Comisión de Selección, y la Resolución de 2 de junio de 2017, por la que se adjudica la plaza en cuestión, por ser contrarias a derecho y en consecuencia nulas, declarando el derecho del recurrente "a participar en el procedimiento selectivo a través de una convocatoria pública y abierta".

Tras la declaración de firmeza de esta sentencia, el 11 de junio de 2018 el interesado impugna la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo de 16 de mayo de 2018, por la que se dispone la ejecución de la misma. Este incidente de ejecución fue resuelto por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 19 de julio de 2018, por el que se acuerda "estimar el incidente de ejecución promovido y despachar ejecución forzosa contra la Universidad de Oviedo con el fin de que en un plazo que concluye el 20 de septiembre de 2018 retrotraiga las actuaciones al momento de presentación de todas las candidaturas (...), incluida en particular la del recurrente, con el fin de que por la Comisión de Valoración se determine el orden de prelación en que deberían quedar los candidatos presentados para obrar en consecuencia y, en su caso, para que, por quien corresponda, ocupe temporalmente y hasta que se cubra definitivamente la plaza controvertida".

En cumplimiento de este Auto de 19 de julio de 2018, se reúne la Comisión de Selección el día 3 de septiembre de 2018 para valorar los méritos académicos y profesionales del ahora reclamante, obteniendo el interesado la misma puntuación que la candidata propuesta inicialmente -que era la máxima posible- en los apartados correspondientes a méritos académicos, cursos -2 puntos- y experiencia profesional -5 puntos-. Este empate en la puntuación entre la candidata inicialmente propuesta y el interesado se resuelve en la sesión celebrada por la Comisión de Selección el 18 de septiembre de 2018, en la que se procede a la realización de la entrevista con el ahora reclamante. En esta entrevista, frente a la puntuación en su día alcanzada por la candidata inicialmente propuesta -1 punto de un máximo de 2 posibles-, el perjudicado alcanza un total de 0,75 puntos. Una vez valorados el conjunto de méritos del

candidato en su día preterido, el 18 de septiembre de 2018 la Comisión de Selección eleva al Rector de la Universidad de Oviedo una nueva propuesta de adjudicación de la plaza que no afecta a la candidata propuesta inicialmente, toda vez esta que obtuvo un total de 8 puntos de un máximo de 10 posibles, frente a los 7,75 puntos alcanzados por el ahora reclamante. Sin embargo, en esta nueva propuesta el interesado desplaza a la candidata que figuraba como suplente en el acuerdo de la Comisión de Selección de 1 de junio de 2017, toda vez que la puntuación conseguida por el mismo -7,75 puntos- era notablemente superior a la obtenida en su día por la candidata designada como suplente -3,44 puntos-.

A la vista de esta nueva propuesta de adjudicación de la Comisión de Selección, el 19 de septiembre de 2018 el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que se adjudica temporalmente un puesto de trabajo de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, con destino en el Departamento de Morfología y Biología Celular (Área de Anatomía y Embriología Humanas), a la misma persona a la que se había adjudicado por Resolución de 2 de junio de 2017, figurando el perjudicado como aspirante sustituto.

La Universidad de Oviedo argumenta que la decisión de la Comisión de Selección de excluir del proceso selectivo al ahora reclamante por no figurar incluido en la preselección efectuada por las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal de Oviedo, Gijón y Mieres puede ser entendida como un “actuar razonado y razonable” de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, ya que tales perjuicios no serían más que la concreción de un daño que el interesado tiene la obligación de soportar de acuerdo con la ley, y afirma que para ello ha de partirse necesariamente del análisis del artículo 20 -en concreto, del inciso final del párrafo quinto del apartado 2- del Primer Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad de Oviedo, publicado en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 13 de febrero de 2013.

Sin embargo, estando en juego el derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a la función pública, con los requisitos que señalen las leyes, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, se advierte que el

artículo 20 -"Contratación temporal"- del Primer Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad de Oviedo, tras disponer en el párrafo primero de su epígrafe 1 que "La Universidad de Oviedo podrá contratar personal temporal", establece en su párrafo segundo que "La selección se realizará mediante convocatoria pública". En el apartado 2 de este mismo artículo se prevé que "En supuestos de sustitución e interinidad de larga duración, la plaza se cubrirá a través de las listas resultantes" de convocatorias anteriores de carácter fijo, actualizadas semestralmente, recogándose a continuación la posibilidad de que "cuando concurren razones de urgencia y no pueda cubrirse la vacante a través del procedimiento regulado en los párrafos anteriores, se procederá a la contratación temporal de conformidad con lo previsto en el epígrafe 1 de este artículo y en la legislación laboral general. En este caso será requisito imprescindible estar inscrito como demandante de empleo o mejora de empleo en el Servicio Público de Empleo". Y en el apartado 3 se determina, a los efectos que aquí interesan, que "El procedimiento de selección del personal temporal atenderá en todo caso a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, objetividad, mérito y capacidad". En definitiva, el propio Convenio de referencia se remite expresamente a los principios de igualdad y mérito -a los que se subordina el proceso selectivo-, por lo que no puede admitirse, tal como pretende la propuesta de resolución, que la Universidad "se limitó a aplicar el Convenio Colectivo" al excluir al ahora reclamante.

En el supuesto que nos ocupa, la ineludible publicidad del procedimiento de selección parece haberse sustanciado con la publicación en la página web de la Universidad de Oviedo de la Resolución del Rector de 15 de mayo de 2017, por la que se nombra a la Comisión de Selección; circunstancia que posibilitó que el aquí reclamante presentara su solicitud de participación a través del registro de la Universidad en este proceso selectivo, del que irregularmente sería excluido con el argumento de que su candidatura no figuraba incluida entre las remitidas por las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal de Oviedo, Gijón y Mieres.

En dichas condiciones, este Consejo considera que la irregular exclusión del interesado del proceso selectivo, así declarada en vía contencioso-administrativa en cuanto violenta principios constitucionales, no puede ser entendida como un “actuar razonado y razonable” de la Universidad de Oviedo. En presencia de un derecho fundamental -el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas- y de los correlativos principios que rigen la selección de personal no puede estimarse razonable una interpretación sesgada del Convenio -postergando valores constitucionales-, pues tal como se argumenta en la sentencia anulatoria “resulta patente” la improcedencia de restringir la convocatoria a tres oficinas de empleo, con menoscabo manifiesto de los principios de igualdad y publicidad. En sucesivas instancias -con ocasión de la presentación de solicitudes fuera del cauce pautado y de los recursos planteados por el aquí reclamante en vía administrativa- pudo la Universidad reconsiderar su postura, y más aún, habiéndose privado al reclamante de un contrato “con efectos de 1 de septiembre de 2017 y hasta el 31 de agosto de 2018”, no cabe soslayar que la primera resolución dictada en ejecución de la sentencia anulatoria (Resolución del Rector de 16 de mayo de 2018) es notoriamente deficitaria y confusa, abocando de nuevo al perjudicado al recurso judicial.

En consecuencia, los daños y perjuicios derivados de este irregular proceder presentan la imprescindible nota de antijuridicidad, en el sentido de que no se trata de unos daños que el perjudicado tuviera “el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”, por lo que la reclamación formulada debe prosperar.

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

A los expresados efectos el interesado solicita ser indemnizado con una “cantidad equivalente a los efectos económicos derivados de haber sido propuesto como suplente desde junio de 2017, pasando a integrar la lista de contratación temporal de Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo III, Área

de Anatomía y Embriología Humanas, ordenado en segundo lugar a continuación de la adjudicataria de la plaza y contratado como la persona indebidamente llamada con prelación al mismo mediante contrato (...) relevo, con jornada del 75 % con efectos de 1 de septiembre de 2017 y hasta el 31 de agosto de 2018”, instando además “el reconocimiento a efectos administrativos como servicios prestados, a los efectos de puntuación del tiempo trabajado por dicha persona, en el periodo concernido”.

El lucro cesante sufrido por el ahora reclamante resulta evidente, de forma tal que procede que se le reconozca una indemnización equivalente a las retribuciones que ha dejado de percibir al haber sido privado irregularmente de su derecho a suscribir un contrato relevo como Técnico Especialista de Laboratorio, Grupo II, con jornada del 75 % desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2018. Para su cuantificación habrán de ser tenidas en cuenta única y exclusivamente las retribuciones básicas, esto es el sueldo y los trienios a los que pudiera tener derecho, con exclusión de cualquier tipo de retribución complementaria, procediéndose en la liquidación a la previa comprobación de que no ha percibido retribuciones incompatibles con aquel desempeño parcial durante el mismo periodo, las cuales en su caso se deducirían del montante resarcitorio.

Por otro lado, teniendo en cuenta que uno de los principios sobre los que se asienta el instituto de la responsabilidad patrimonial es el de la *restitutio in integrum* o reparación integral del daño causado mediante la que se deje el patrimonio del perjudicado libre de los efectos derivados del hecho lesivo, en procedimientos como el que analizamos (por todos, Dictámenes Núm. 153/2014 y 129/2017) este Consejo ya ha puesto de manifiesto que la reparación plena del perjuicio no solo implica la liquidación de los haberes de los que se privó indebidamente al interesado, sino que debe comprender también el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social que se habrían producido como consecuencia del pago de las retribuciones correspondientes, así como el reconocimiento de los méritos inherentes al desempeño frustrado a efectos de

antigüedad o de prelación en otros listados de interinidad o procedimientos selectivos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Universidad de Oviedo y, estimando parcialmente la reclamación formulada por, indemnizarle en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.