

Dictamen n.º: **232/16**
Consulta: **Consejero de Educación, Juventud y Deporte**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de junio de 2016, sobre consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D.^a M.D.C.N. sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, por los daños y perjuicios causados a consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración al valorar incorrectamente los méritos en un proceso selectivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 5 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos a la letrada vocal D.^a María Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de

la Comisión Jurídica Asesora, en la sesión celebrada el día 23 de junio de 2016.

SEGUNDO. El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por la reclamante, registrada con entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 16 de abril de 2015 y en la Consejería de Educación, Juventud y Deporte el día 21 de abril de 2015.

Según el escrito de reclamación, la administración valoró erróneamente la experiencia profesional en varios concursos en los que participó lo que le obligó a formular sendos recursos contencioso-administrativos que fueron estimados por sentencias posteriormente confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por resolución de 16 de abril de 2010 se convocó nuevo proceso selectivo de ingreso y acceso al cuerpo de profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Especialidad Español para Extranjeros, en el que participó la reclamante y en el que, con idénticas bases a los anteriores procesos selectivos, volvió a ser mal valorada la experiencia profesional. Nuevamente la reclamante recurrió en vía judicial la resolución por la que se publicaban las listas definitivas con las puntuaciones alcanzadas en la fase de concurso. El recurso fue estimado por la sentencia nº 530/2013, de 26 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que obligó a retrotraer el procedimiento selectivo hasta el momento anterior a la valoración de los méritos.

En cumplimiento de dicha sentencia la Dirección General de Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid dictó la resolución de 10 de octubre de 2013 por la que se modificó la lista con las puntuaciones definitivas, se daba nueva puntuación a la reclamante y se la nombraba funcionaria en prácticas.

Tras superar el periodo de prácticas, por resolución de 10 de julio de 2014 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid se declaró apta a la reclamante, con propuesta de que se la nombrase funcionaria de carrera con fecha de efectos de 1 de septiembre de 2011 – cuando tenía que haber sido nombrada funcionaria de carrera si se hubiera nombrado correctamente los méritos de la convocatoria-.

Por ello solicita una indemnización de 67.090,73 € (52.090,73 € en concepto de salarios dejados de percibir y 15.000 € por daños morales) porque si la Administración educativa hubiera valorado los méritos de la convocatoria correctamente, como habían señalado reiteradamente varios Tribunales de Justicia, la reclamante habría sido nombrada funcionaria en prácticas desde octubre de 2010 y funcionaria de carrera desde septiembre de 2011 y habría estado percibiendo las retribuciones correspondientes.

Al escrito de reclamación acompaña las distintas sentencias dictadas en primera y segunda instancia en los procedimientos en los que la reclamante impugnó la valoración de tres procesos selectivos anteriores al que nos ocupa y que ordenaron la retroacción de actuaciones para nueva valoración de la experiencia profesional:

- Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid, de 5 de noviembre de 2007 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de septiembre de 2008, por la que se confirma la anterior.

- Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 16 de Madrid, de 29 de julio de 2011, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de mayo de 2012 que la confirma.

- Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n° 19 de Madrid, de 16 de enero de 2012, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de septiembre de 2012 que la confirma.

Aporta también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2013 relativa al proceso selectivo del que trae causa esta reclamación; la Resolución de 10 de octubre de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se resuelve el cumplimiento de la Sentencia anterior; la Resolución de 10 de julio de 2014 de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se declaran aptos en la fase de prácticas a los aspirantes seleccionados en los procedimientos selectivos convocados por Resolución de 10 de mayo de 2012; diversa documentación necesaria para el nombramiento de la reclamante; varias tomas de posesión como funcionaria interina en distintos centros educativos; nóminas del periodo reclamado; certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social con la historia de su vida laboral.

TERCERO. A raíz de la reclamación presentada, por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte se procedió a incoar un expediente de responsabilidad patrimonial. De dicho expediente, se extraen, en síntesis, los siguientes hechos que se consideran relevantes:

Por Resolución de 16 de abril de 2010 se convocó un procedimiento selectivo de ingreso en el Cuerpo de Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas en el que la reclamante no resultó seleccionada al no alcanzar la puntuación mínima suficiente. Tras recurrir en alzada, su recurso fue desestimado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 25 de octubre de 2010, que la reclamante recurrió en vía judicial. La Sentencia de 26 de abril de 2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Séptima- del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, declaró no ajustada a derecho la mencionada Resolución de 25 de octubre de 2010, la anuló y requirió a la Administración que retrotrajera las actuaciones en el procedimiento

selectivo hasta el momento inmediatamente anterior a la resolución anulada y que dictara nueva resolución valorando los méritos según se mencionaba en la sentencia.

En cumplimiento de la resolución judicial, tras valorar nuevamente los méritos en la forma señalada judicialmente, la Dirección General de Recursos Humanos dictó la Resolución de 10 de octubre de 2013 por la que se modificó la lista de seleccionados, por lo que la reclamante fue seleccionada y se la nombró funcionaria en prácticas del Cuerpo de Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, titular de la especialidad de *"Español"*, con efectos de la toma de posesión en el centro que le fuera adjudicado para realizar dichas prácticas.

Por resolución de 10 de julio de 2014 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte se declaró a la reclamante apta en la fase de prácticas y se disponía que se elevaría propuesta a la Subdirección General de Personal del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para que procediese al nombramiento de funcionaria de carrera a la reclamante –entre otros- con los efectos correspondientes según sentencia.

Por Orden ECD/2185/2014, de 7 de noviembre, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte nombró a la reclamante funcionaria de carrera del Cuerpo de Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, especialidad de Español, que *"se considerará ingresada (...) con efectos de 1 de septiembre de 2011"* -como el resto de aspirantes de su promoción-.

CUARTO. Presentada la referida reclamación, se inició un expediente de responsabilidad patrimonial contra la Administración autonómica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (en adelante, LRJ-PAC) y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Tras requerir a la reclamante nueva documentación, consta en el expediente que el día 13 de julio de 2015 se notificó a la reclamante la admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

La reclamante aportó un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal, de fecha 13 de julio de 2015, en el que se indicaban las cuantías que había percibido desde octubre de 2010 hasta el 6 de enero de 2014 y un informe de la Tesorería General de la Seguridad Social de 31 de julio de 2015 con su vida laboral durante el mismo periodo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se emitió el informe de 27 de mayo de 2015 de la Subdirección General de Gestión del Profesorado de Educación Secundaria, Formación Profesional y Régimen Especial, al que acompañaba un informe del Servicio de Coordinación de Nóminas de la Dirección General de Recursos Humanos, de 18 de mayo de 2015 y un cuadro de retribuciones que indicaba las cantidades percibidas por la reclamante y las que hubiera debido percibir como funcionaria del Cuerpo de Escuelas Oficiales de Idiomas desde octubre de 2010.

Una vez instruido el procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del RPRP, se procedió a conferir trámite de audiencia a la reclamante, lo que cumplimentó el 30 de noviembre de 2015 mediante escrito en el que se reiteraba en la reclamación pero reducía la cuantía de la indemnización solicitada a 65.165,57 € a la vista del informe del Servicio Público de Empleo Estatal en el que constaban las cantidades percibidas por la reclamante en concepto de desempleo en el periodo reclamado.

El 25 de abril de 2016 la instructora del expediente elevó propuesta de resolución desestimatoria por considerar que no se había producido un daño efectivo a la reclamante ya que, según la convocatoria del proceso selectivo, la superación de las fases de concurso y oposición no implicaba automáticamente la adquisición de la condición de funcionaria de carrera sino que era preciso superar la fase de prácticas para determinar su aptitud para la docencia, por lo que hasta la superación de las prácticas, solo tenía una expectativa y no un derecho. Y justifica el error en la valoración por la complejidad del sistema, corregido por los mecanismos de reclamación previstos en la convocatoria. Y señala que, si bien la Orden ECD/2185/2014, de 7 de noviembre nombró funcionaria de carrera a la reclamante con efectos de 1 de septiembre de 2011, los efectos económicos habían de venir referidos al día de su toma de posesión el 7 de enero de 2014, al no haber existido hasta esa fecha contraprestación laboral con dicha condición.

A los hechos anteriores le son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA. Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o la cuantía sea indeterminada”*.

La solicitud de Dictamen se ha presentado por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

En el caso que nos ocupa, la reclamante cifra el importe de los daños causados en una cantidad superior a 15.000 euros, siendo pues preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

SEGUNDA. Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, ya que es la afectada por la errónea valoración de méritos en el proceso selectivo en el que participó y que le ha supuesto una demora en el reconocimiento de su condición como funcionaria de carrera.

Se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto los perjuicios se derivan de su actuación en el procesos selectivo de la función pública docente.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar cabe decir que, como consecuencia de la sentencia del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2013, se siguieron actuaciones para valorar correctamente a la reclamante, actuaciones que concluyeron finalmente con su nombramiento como funcionaria de carrera con efectos desde el 1 de septiembre de 2011 de conformidad con la Orden ECD/2185/2014, de 7 de noviembre, por lo que la reclamación presentada el 16 de abril de 2015 puede considerarse ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios y se han recabado y evacuado los informes preceptivos que exige el artículo 10.1 del RPRP. Asimismo, se ha dado

trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP.

En suma, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA. La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor, *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El artículo 139 de la LRJAP-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente: *“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor;

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante de la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento normal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una

relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

CUARTA. En el presente caso, la interesada reclama porque si la Administración educativa hubiera valorado los méritos de la convocatoria correctamente y en su momento, como habían señalado reiteradamente varios Tribunales de Justicia, la reclamante habría sido nombrada funcionaria en prácticas desde octubre de 2010 y de carrera desde septiembre de 2011 y habría percibido las retribuciones correspondientes a tales nombramientos.

Pues bien, conforme a lo expuesto, lo primero que debemos determinar en orden al análisis de la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, es si se ha infligido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, lo siguiente:

“(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En el presente caso, por lo que se refiere a la realidad del daño, no resulta controvertido en el expediente que, como consecuencia de la sentencia del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2013 se tuvieron que retrotraer las actuaciones en el procedimiento selectivo hasta el momento inmediatamente anterior a la valoración de los méritos de los aspirantes, lo que supuso que la reclamante fuera admitida en el proceso selectivo. Tampoco resulta controvertido que superó la fase de prácticas

y pudo ser nombrada funcionaria de carrera, lo que vino a cumplimentarse por la Orden ECD/2185/2014, de 7 de noviembre que nombró funcionaria de carrera a la reclamante y retrotrajo los efectos del nombramiento al 1 de septiembre de 2011, fecha de efectos de los demás participantes en el proceso selectivo a los que no les afectó la incorrecta valoración de los méritos.

La discrepancia surge en cuanto a los efectos económicos, que según la Consejería de Educación, Juventud y Deporte habían de venir referidos al día de su toma de posesión el 7 de enero de 2014, al no haber existido hasta esa fecha contraprestación laboral con la condición de funcionaria de carrera y no tener anteriormente más que una expectativa de derecho.

Durante el periodo discutido –desde octubre de 2010, que habría sido funcionaria en prácticas, al 7 de enero de 2014 que es la fecha en que tomó posesión como funcionaria de carrera- la reclamante ha estado prestando servicios como funcionaria interina en varios centros educativos en varios periodos, así como también ha percibido prestaciones de desempleo, pero resulta del expediente que si hubiera estado prestando servicios durante ese tiempo -primero como funcionaria en prácticas y luego como funcionaria de carrera- habría percibido mayores retribuciones, por lo que la errónea valoración de los méritos efectuada por la Administración Autonómica en el proceso selectivo sí le ha ocasionado un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable.

Según el informe de 18 de mayo de 2015 del Servicio de Coordinación de Nóminas de la Dirección General de Recursos Humanos, la cantidad percibida por la reclamante en ese periodo fue de 52.253,60 € y la que hubiera percibido como funcionaria del Cuerpo de Escuelas Oficiales de Idiomas desde octubre de 2010 es de 102.786,02 €. Por tanto, la diferencia sería de 50.532,42 euros, cantidad a la que habría que

descontar 7.516,50 € de la prestación por desempleo. Razón por la cual, de corresponder alguna indemnización, esta sería de 43.015,92 €.

En cuanto a la relación de causalidad, no parece ofrecer duda en el caso expuesto, que el daño producido se debe precisamente al funcionamiento del servicio público, en concreto a la valoración errónea de los méritos a tener en cuenta en el proceso selectivo en el que participó la reclamante y que, una vez se puso de manifiesto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia 26 de abril de 2013, obligó a realizar una nueva valoración que proporcionó a la interesada la puntuación suficiente para ser nombrada funcionaria en prácticas. En consecuencia, cabe entender concurrente la relación de causalidad, cuya acreditación compete, como regla general, a quien pretende ser resarcido económicamente por la Administración (STS de 22 de marzo de 2011, RC 4144/2009), debiendo manifestarse, bien de forma directa, inmediata y exclusiva, bien indirecta, sobrevenida o concurrente con los hechos dañosos de terceros o de la propia víctima (STS de 22 de marzo de 2012, RC 48/2010).

Acreditado tanto el daño como la relación de causalidad, resta por determinar la posible antijuridicidad del daño producido, esto es, la posible existencia de un título que imponga a la reclamante el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley. Si así fuera, el artículo 141.1 *ab initio* de la LRJ-PAC, dispensaría a la Administración de la obligación de indemnizar a la reclamante al disponer 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*”. Es decir, para que concurra el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es preciso que no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate, cual sucede cuando concurre un título jurídico que determina o impone inexcusablemente

ese perjuicio. Así resulta que la lesión no es antijurídica cuando el particular está obligado a soportar las consecuencias perjudiciales de la actuación administrativa, siempre que ésta sea conforme con la norma jurídica a cuyo amparo se dicta.

En el ámbito concreto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la anulación de actos administrativos en vía jurisdiccional, con carácter general, si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización, sí puede ser objeto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación hubiese producido unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viniese obligado a soportar.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 18 de julio de 2011:

“El derecho a la indemnización no se presupone por la sola anulación de un acto administrativo sino que es preciso que concurren los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, como señala la sentencia de 12 de julio de 2001, han de ser observados con mayor rigor en los casos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos (...).

Y es en relación con la antijuridicidad del daño en tales casos en la que ha incidido de manera especial la jurisprudencia, 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 sólo razonables sino razonados.

Por tanto, el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido así declarada por el Tribunal correspondiente o por la propia Administración, 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 30/1992 , y no existirá ese deber jurídico cuando la Administración se haya apartado en su actuar de esos parámetros a los que antes nos hemos referido (...)”.

Por lo que se refiere a la anulación de actos en vía jurisdiccional, recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010, que “*es en relación con la antijuridicidad del daño en tales casos que se ha incidido de manera especial en la jurisprudencia, 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 sólo razonables sino razonados*”.

Y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 se indica lo siguiente:

“En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita”.

Este último aspecto, en cuanto a la “*interpretación razonable de las normas*”, fue tenido en cuenta por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, así en el Dictamen 26/13, de 30 de enero en el que se indicaba (a propósito de la anulación de una sanción urbanística) que:

«También ha de tenerse en cuenta en el análisis de la antijuridicidad de la actuación de la Administración, el hecho de que la Sentencia de instancia ratificase el ejercicio de la potestad sancionadora realizado por el ente municipal, pues existe asimismo una jurisprudencia que entiende que la disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia es reveladora de que la Administración no actuó irrazonablemente. En este sentido, nuestros Dictámenes 299/10, de 22 de septiembre y 504/12 de 12 de septiembre, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 y 10 de junio de 1986, manifestando esta última:

“(...) sin perjuicio de admitir como la jurisprudencia citada, que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre alguna clase de perjuicios al interesado, siendo susceptible por tanto de configurar el resultado dañoso en abstracto, no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad, solo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo, revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local (...)».

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid acogió, según lo expuesto, la doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración, de tal modo que para valorar la antijuridicidad del daño causado no basta con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que se hace precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

En el presente caso, sin embargo, la actuación de la Administración no se mantuvo en unos márgenes de apreciación razonables o razonados en la aplicación e interpretación de las bases de la convocatoria del proceso selectivo, lo que le llevó a valorar incorrectamente la experiencia profesional. Y no es razonable porque, a iniciativa de la reclamante, los Tribunales de Justicia, ya antes de la sentencia del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2013, se habían pronunciado sobre la misma cuestión y habían venido declarando reiteradamente cómo debía interpretarse y valorarse la experiencia profesional. Y en la última sentencia citada, el Tribunal Superior de Justicia manifestó que se trataba de un *“elemento reglado en el que no existe el margen de actuación que el Tribunal de Selección actuante se arrogó”*, ya que el mérito estaba específicamente definido. La sentencia de 26 de abril de 2013 hace referencia a la sentencia de la misma sala de 18 de septiembre de 2008 (rec. 541/2008) y a la sentencia de 5 de noviembre de 2007 del Juzgado de los contencioso- administrativo nº 22. Pero hubo otras, aportadas por la reclamante y relacionadas en los antecedentes de hecho de este Dictamen, que también se pronunciaron en los mismos términos sin que la Administración variara su erróneo criterio, de forma que obligó a la reclamante a acudir en repetidas ocasiones a los tribunales para lograr una correcta valoración.

Por tanto, no solo no había margen de discrecionalidad en la convocatoria que pudiera justificar que la Administración había hecho una interpretación razonable de la norma, sino que ya se le había advertido en vía judicial de cómo se debía valorar la experiencia profesional por lo que debe entenderse que concurre en este caso la antijuridicidad del daño.

En este sentido se pronunció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 116/2013, de 4 de abril en un asunto similar.

QUINTA. Queda por determinar el importe de la indemnización de la que es acreedora la reclamante, que se corresponde con las diferencias entre la retribución que percibió de modo efectivo durante el tiempo en que se vio privada de la posibilidad de ocupar la plaza que le hubiera correspondido si se le hubiera nombrado funcionaria en prácticas y de carrera desde un primer momento si los méritos hubieran sido valorados correctamente en el proceso selectivo.

Recientemente, la sentencia nº 25/2016 de 22 enero del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. nº 650/2014), tras citar otras de la misma Sala dictadas en el mismo sentido (sentencias de 22 de Mayo de 2009, Recurso 200/2005; de 11 de Junio de 2010, recurso 917/2007 y de 30 de Noviembre de 2012, recurso 1060/2010, por citar solo algunas) y mencionar también la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 2012 (recurso de casación 973/2012), se pronuncia en los siguientes términos en un asunto en el que se ordenaba la retroacción de un proceso selectivo para nueva valoración, y en el que los aspirantes también debían pasar por un proceso de formación y prácticas posterior, antes de ser nombrados funcionarios de carrera:

“La Sentencia (que ordenaba la retroacción), en verdad, alude a que no se pronunciaba respecto a cuestiones vinculadas a la superación del indicado Curso de Formación o Prácticas, ni respecto de cuestiones de futuro sobre efectos administrativos y económicos pretendidos en el suplico del escrito de demanda, porque tal cuestión se entendió, con mayor o menor fortuna, sobrepasaba el objeto del proceso, ya que se trataba de un aspecto futuro que dependía de un hecho hipotético, la superación por parte del hoy actor, que también lo era en el proceso en que la Sentencia de referencia se dictó, de la fase de formación selectiva. Ahora bien, superada la misma, la Sentencia a ejecutar no impedía el reconocimiento de los efectos administrativos, de escalafonamiento y económicos que hoy se reclaman, sino que obligaba a declararlos, pues no se puede obviar,

como se hace, que el motivo por el que se produjo el tardío nombramiento del hoy actor como Policía no fue, en absoluto, un acto de voluntad por parte del propio recurrente sino, en efecto, un irregular proceder de la Administración actuante, declarando no apto por insuficiencia de aptitudes físicas a quien no lo era, pronunciamiento que fue declarado contrario a derecho.

(...) En consecuencia, por todo lo expuesto, ha de estimarse el presente recurso contencioso-administrativo reconociendo al recurrente el derecho a ser nombrado funcionario de Carrera del Cuerpo Nacional de Policía, Escala Básica, Categoría de Policía, con plenos efectos económicos y administrativos desde la misma fecha en que fueron nombrados como tales los aspirantes que resultaron seleccionados en el mismo proceso selectivo en el que participó el Sr. D. (...) escalafonándosele en el puesto que le hubiera correspondido, en la promoción saliente de la convocatoria antedicha, en función de la puntuación finalmente obtenida en el proceso selectivo indicado, con la misma antigüedad y resto de efectos administrativos que los obtenidos por quienes superaron dicha convocatoria. En consecuencia se deberá practicar, además, la oportuna liquidación de haberes a fin de abonar al hoy actor las diferencias que pudieran existir entre las retribuciones que el mismo percibió en la fase de formación (...) y las que deberían habersele abonado de haber sido designado Policía en el mismo momento en el que fueron nombrados como tales los compañeros de la promoción en la que concurrió”.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia dictada para la unificación de doctrina con fecha 10 de marzo de 2010 (RC 423/2008), ante la pretensión de resarcimiento económico de un empleado público a la que, tras la anulación judicial de la correspondiente resolución administrativa, se le reconoce el derecho a la adjudicación de la plaza sujeta a procedimiento selectivo, estima “la

procedencia de la diferencia salarial entre la cantidad asignada en el puesto que se venía ejercitando y la atribuida al puesto obtenido”.

Por tanto, la indemnización que correspondería reconocer a la reclamante sería la de 43.015,92 € puesto que, de conformidad con el informe de 18 de mayo de 2015 del Servicio de Coordinación de Nóminas de la Dirección General de Recursos Humanos, la cantidad percibida por la reclamante en el periodo reclamado fue de 52.253,60 € y la que hubiera percibido como funcionaria del Cuerpo de Escuelas Oficiales de Idiomas desde octubre de 2010 es de 102.786,02 €. Por tanto, la diferencia sería de 50.532,42 euros, cantidad a la que habría que descontar 7.516,50 € de la prestación por desempleo.

En cuanto a los daños morales de 15.000 € que solicita también la reclamante, estos no han sido acreditados por lo que no procedería su abono. Por otro lado, la sentencia nº 160/2015 de 20 marzo del TSJ de Madrid (rec. nº 663/2014) en un asunto parecido reconoció el *“derecho del demandante a percibir las retribuciones que hubiera cobrado en caso de haber tomado posesión de su puesto como Agente de Movilidad en el momento en que lo hicieron sus compañeros de convocatoria, lo cual compensa al recurrente por todos los conceptos económicos, sin que haya lugar a otros de esta naturaleza”.*

A la vista de todo lo anterior, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación patrimonial objeto del presente dictamen, al considerar concurrentes los elementos necesarios para el

reconocimiento de la responsabilidad administrativa. La indemnización a la reclamante debe fijarse en la cantidad de 43.015,92 €.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 23 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 232/16

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid