

Dictamen n.º: **326/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.07.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesiónn de 12 de julio de 2018, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de haber sido declarada no apta en un proceso selectivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la Oficina de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid el día 14 de enero de 2016, la interesada antes citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la anulación por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 21 de Madrid de 28 de mayo de 2013 del Acuerdo del tribunal calificador de las pruebas selectivas para la provisión de cinco plazas de oficial del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid, de 5 de octubre de 2009, por el que se declaró a la reclamante no apta en las pruebas médicas. La sentencia dictada reconocía el derecho de la reclamante a ser declarada apta en la cuarta prueba

(reconocimiento médico) del citado proceso selectivo, al no estar incurso en la causa de exclusión médica alegada por la Administración (folios 1 a 7 del expediente administrativo).

La interesada refiere que, tras ser declarada apta, continuó el proceso selectivo y, una vez superadas todas las pruebas, fue nombrada funcionaria de carrera en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid por resolución del secretario general técnico del Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias el día 30 de enero de 2015 [publicado el día 11 de febrero de 2015 en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid (BOAM)].

Expone que el día 25 de junio de 2015 presentó “*demanda en ejecución de sentencia*” en la que solicitaba que se retrotrajera su nombramiento como Oficial de la Policía Municipal al 4 de febrero de 2010, fecha en la que fueron nombrados el resto de compañeros de promoción, que se le abonaran todas las diferencias salariales, que se tuviera en cuenta dicha fecha para el cómputo de los trienios, que se le abonaran todos los pluses de productividad por disponibilidad y desempeño en el tiempo que estuvo realizando el curso de formación, que se estableciera el orden de puntuación entre los dos candidatos que adquirieron su plaza por promoción interna y, finalmente, que se remitiera a la Seguridad Social la documentación oportuna para que se modificara su grupo de cotización desde el 4 de febrero de 2010.

La reclamante manifiesta que dicha demanda fue resuelta por providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 25 de noviembre de 2015, que desestimó las peticiones de la reclamante al considerar que la sentencia quedó ejecutada cuando fue convocada a la realización de la última prueba de oposición, por lo que procede, a la vista de lo resuelto en fase de ejecución de sentencia, a presentar a la Administración solicitud de responsabilidad patrimonial.

Cuantifica los daños reclamados en un total de 18.073,79 €, cantidad resultante de la suma de las diferencias salariales que habría percibido desde el día 4 de febrero de 2010 y 6.000 € en concepto de daños morales y otros perjuicios como honorarios de abogado, pérdida de tiempo libre para preparar recursos y reclamaciones, etc.

Alega, además, que hubo un retraso inexplicable en la continuación del proceso selectivo ya que, frente a sus compañeros, que tardaron 5 meses en ser nombrados como funcionarios de carrera, ella tardó 21 meses.

Solicita que se aporte como prueba la fecha en que se declaró apto al otro compañero que ingresó por el turno de promoción interna, así como los salarios que correspondían durante los años 2010 a 2015 a los funcionarios del grupo A1 y A2.

Acompaña con su escrito copia de la Sentencia de 28 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid, de su nombramiento como funcionaria de carrera en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal, “*demanda en ejecución de sentencia*”, Providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 25 de noviembre de 2015 (folios 7 a 33).

SEGUNDO.- A raíz de la reclamación presentada, por el Ayuntamiento de Madrid se procedió a incoar un expediente de responsabilidad patrimonial. De dicho expediente, se extraen, en síntesis, los siguientes hechos que se consideran relevantes:

1.- Por Decreto de 17 de marzo de 2009 del Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad se convocaron pruebas selectivas para la provisión de 5 plazas de oficial del Cuerpo de la Policía Municipal, cuatro de ellas por promoción interna.

El proceso selectivo constaba de dos fases para los aspirantes, entre los que se encontraba la reclamante. La fase de oposición en la que se encontraba la prueba médica era de carácter eliminatorio.

2.- En fecha 2 de octubre de 2009, el tribunal calificador acordó declarar no apta a la reclamante, comunicándola esta decisión en fecha 5 de octubre de 2009. Esta decisión se basó en los resultados de las pruebas diagnósticas que le fueron practicadas y así se le explicó a la interesada. Contra esa resolución la interesada interpuso recurso de alzada.

3.- Por resolución de 19 de octubre de 2009 del coordinador general de Seguridad y Emergencias nombró, por haber superado el proceso selectivo, a 4 funcionarios en prácticas (3 por turno libre y 1 por promoción interna).

4.- El día 1 de febrero de 2010 fue nombrado funcionario de carrera en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal el otro aspirante (folio 145) que accedía, igual que la reclamante, por el turno de promoción interna.

5.- Con fecha 11 de febrero de 2010 el Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad dictó resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la reclamante. Contra el Decreto de 11 de febrero de 2010 del Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad desestimatorio del recurso de alzada, la reclamante interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid (Procedimiento Abreviado nº 389/2010).

6.- El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante fue resuelto por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid, de 28 de mayo de 2013, dictada en el

Procedimiento Abreviado nº 389/2010, que anuló la Resolución del Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de 11 de febrero de 2010, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la actora frente al Acuerdo de 5 de octubre de 2009 del tribunal calificador de las pruebas selectivas para la provisión de cinco plazas de oficial del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid por no ser conforme a Derecho, *“reconociendo el derecho de la recurrente a ser declarada apta en la cuarta prueba (reconocimiento médico) del citado proceso selectivo, al no estar incurso en la causa de exclusión médica alegada por la Administración, con todas las consecuencias, de todo orden, que se derivan de dicha declaración, pronunciamientos por los que habrá de estar y pasar la Administración demandada”*.

7.- Con fecha 10 de julio de 2013 el director general de Seguridad remite escrito a la Asesoría Jurídica al Ayuntamiento de Madrid en el que solicita la no interposición de recurso de apelación contra la Sentencia de 28 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid (folio 238).

Recibida por la Administración la diligencia de ordenación del citado Juzgado nº 21 de 30 de septiembre de 2013, por la que se declaraba firme la sentencia, por Resolución 18 de octubre de 2013, del director general de Seguridad, se reconoció el derecho de la reclamante a ser declarada apta en la prueba de reconocimiento médico *“con todas las consecuencias inherentes a tal declaración”* (folios 244 y 245).

8.- A la vista de la anterior resolución, el tribunal calificador del proceso selectivo el día 27 de noviembre de 2013 acordó declarar apta en el cuarto ejercicio (reconocimiento médico) a la reclamante y convocarla para la realización del quinto ejercicio que tendría lugar el día 21 de enero de 2014. Consta en el acta del tribunal calificador levantada ese

día que la reclamante superó la prueba consistente en el proyecto profesional con un 5,15 (folios 250 a 252).

9.- Con fecha 7 de marzo de 2014 se publicó en el BOAM el Decreto de 21 de febrero de 2014 del Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias por el que se hacía pública la superación por la reclamante de la fase de concurso-oposición del proceso selectivo.

10.- El día 25 de agosto de 2014 el Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias nombró a la reclamante funcionaria en prácticas. La reclamante, al ser funcionaria de carrera del Cuerpo de la Policía Municipal con categoría de Suboficial, optó por percibir las retribuciones que le correspondían por el desempeño de su puesto de origen y no las correspondientes a los funcionarios en prácticas.

11.- Con fecha 9 de diciembre de 2014 se informó a la reclamante que, finalizado el curso selectivo de formación debería incorporarse a su puesto de trabajo de origen hasta su toma de posesión como funcionaria de carrera en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal.

12.- Por Resolución del Director General de la Policía Municipal de fecha 30 de enero de 2015, publicada en el BOAM de 11 de febrero de 2015, se nombró a la reclamante funcionaria de carrera de la categoría Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal.

13.- Contra dicho nombramiento la reclamante interpuso recurso de reposición al considerar que en su nombramiento no aparecía el que era el primer puesto de la promoción (por promoción interna) y que no se le estaba contemplando la antigüedad en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal, así como los derechos adquiridos en cuanto al cómputo de trienios, en los que debía atenderse a la fecha de nombramiento de su compañero de promoción interna.

14. El recurso de reposición fue desestimado por Resolución del Director General de la Policía Municipal de fecha 29 de mayo de 2015.

15.- La reclamante solicitó al Juzgado la ejecución forzosa de la sentencia en fecha 25 de junio de 2015, reclamando la retroacción del de los efectos del nombramiento al 4 de febrero de 2010, el pago de trienios y diferencias salariales, el plus de disponibilidad y desempeño durante el curso de formación, el escalafonamiento en su promoción de acuerdo con su puntuación, la modificación del grupo de cotización y los intereses de demora.

16.- Por Providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 25 de noviembre de 2015 se resolvió el incidente de ejecución de sentencia al considerar la magistrada-juez que no había lugar a los requerimientos formulados:

“(...) debido a que la sentencia quedó ejecutada cuando se convocó a la actora a la realización de la última prueba de la fase de oposición y, al superar ésta, se procedió a su nombramiento como funcionaria en prácticas y superado el curso selectivo, al nombramiento como funcionaria de carrera. El resto de cuestiones planteadas por la actora excede del cauce de ejecución de sentencia en el que nos hallamos”.

TERCERO.- El día 25 de enero de 2016 el Ayuntamiento de Madrid acordó el inicio del procedimiento y requirió a la interesada, a la vista de que su escrito no aparecía firmado por ella, el cumplimiento de este requisito exigido por el artículo 68 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Asimismo se le requería que presentara determinada documentación que se especificaba (folios 34 a 37).

Con fecha 9 de febrero de 2016 la interesada da cumplimiento al anterior requerimiento.

El 22 de febrero de 2016 se requirió nuevamente a la reclamante para que prestara su consentimiento expreso a que el Ayuntamiento de Madrid pudiera acceder a la consulta de sus datos personales obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Solicitado informe a la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, con fecha 9 de marzo de 2016 se emite informe la citada dirección general sobre los extremos relativos a las retribuciones del expediente.

El instructor del procedimiento ha incorporado a este el informe de Vida Laboral de la reclamante (folios 114 a 130).

A instancia del instructor, ha emitido informe la Dirección General de Policía Municipal el día 8 de julio de 2016 (folios 136 a 141) que, tras una relación de los hechos, da respuesta a las cuestiones planteadas por el instructor. Así, informa que el tribunal calificador del proceso selectivo declaró no apta a la reclamante a la vista del informe propuesta de 24 de septiembre de 2009 de la Unidad de Vigilancia de Salud, que la consideró incluida en la causa de exclusión del apartado 4.1.1 de las exclusiones definitivas de las bases de la convocatoria.

En relación con el retraso alegado por la reclamante en la continuación del procedimiento selectivo, una vez declarada apta en ejecución de sentencia, el informe señala que *“el curso selectivo que tenía que realizar la interesada coincidió en un momento en el que había desaparecido la Academia de Policía de la Comunidad de Madrid, donde se habían desarrollado estos cursos hasta entonces, debiendo encargarse el Centro Integral de Formación de Seguridad y Emergencias de las actuaciones necesarias para que se pudiera impartir dicha formación en el*

Ayuntamiento, por lo que tras los trámites de organización, preparación y puesta en marcha de dicho curso, la fecha de inicio que estableció dicho centro de formación fue el 1 de septiembre de 2014”.

Se acompaña el citado informe con la documentación solicitada por la reclamante relativa al proceso selectivo (folios 144 a 350).

Notificado el trámite de audiencia a la interesada, la reclamante formula alegaciones en las que manifiesta que resulta acreditado en el expediente la mala praxis del Ayuntamiento de Madrid al haberla declarado no apta en el prueba del reconocimiento médico y en el largo tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia declarándola apta hasta que finalmente salió su publicado en el BOAM su nombramiento como funcionaria de carrera en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal. En su escrito, a la vista de la documentación obrante en el expediente relativa a las retribuciones de otros compañeros rectifica el importe de su reclamación y solicita una indemnización de 16.586,67 €, 8.994 € por la diferencia de salario, 332,64 € por los trienios, 1.310,03 € por el complemento de productividad mientras realizaba el curso en prácticas y 6.000 € por daños morales y otros perjuicios (folios 357 a 363).

El día 7 de mayo de 2018 se redacta propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar prescrita la reclamación pues la reclamación se plantea transcurrido más de un año desde la fecha de la notificación de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 28 de mayo de 2013: 18 de junio de 2013. En relación con el fondo, desestima igualmente la reclamación porque las cantidades reclamadas, así como la antigüedad, suponen meras expectativas que no son indemnizables, no están acreditados los daños morales y que tampoco concurriría la antijuridicidad del daño, toda vez que la anulación de un acto o disposición en vía contencioso-

administrativa no presupone derecho a la indemnización con aplicación de la doctrina del margen de razonabilidad (folios 364 a 377).

CUARTO.- La Alcaldía de Madrid, a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavoz del Gobierno, remite solicitud de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora con registro de entrada en este órgano el día 13 de junio de 2018.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 279/18, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 12 de julio de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 €, y la solicitud se efectúa por la Alcaldía de Madrid, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento

de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFJCA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación presentada el 14 de enero de 2016, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, que han sido desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

La reclamante ostenta 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 exclusión 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.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto los perjuicios se derivan de su actuación en un proceso selectivo de la Policía Municipal.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, a contar desde la ocurrencia del hecho que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

El acuerdo del tribunal calificador por el que fue declarado no apta fue recurrido por la interesada, dando lugar a la Sentencia estimatoria

del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 28 de mayo de 2013, en la que se reconoció el derecho de la reclamante a ser declarada apta en la prueba médica del proceso selectivo, al no estar incurso en la causa de exclusión alegada por la Administración.

En ejecución de dicha sentencia se declaró a la reclamante apta en la prueba médica y, tras la superación del quinto ejercicio y del curso en prácticas y fue nombrada funcionario de carrera de la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid por Resolución de 30 de enero de 2015 (publicada el día 11 de febrero de 2015), fecha a partir de la cual la interesada pudo determinar el perjuicio alegado, por lo cual, la reclamación presentada el 14 de enero de 2016 debe considerarse interpuesta en plazo. Así lo entendió el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 446/15, de 14 de octubre, en un supuesto muy similar al presente.

En cuanto al procedimiento, el órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe de los servicios a los que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP, y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP a la interesada en el procedimiento, dictándose propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los

servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJ-PAC:

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 -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA.- Nos encontramos en el presente caso ante una responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo en vía jurisdiccional contemplada en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, que al efecto dispone: *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización (...)”*.

La jurisprudencia interpreta el citado artículo estimando que la responsabilidad patrimonial surge en el caso de anulación de actuaciones administrativas, siempre y cuando concurren los restantes requisitos especificados en el artículo 139 de la LRJ-PAC. 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”.

Por tanto, para el análisis sobre la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que excluye la antijuridicidad cuando la actuación de la Administración resulta ser motivada y razonable. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 2008 (recurso número 4065/2003) señala que *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencia derivadas de su ejercicio”.* Posteriormente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de enero de 2015 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina (recurso número 289/2007) ha declarado que *“no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible, únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de*

racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico”.

En el caso que nos ocupa concurre el requisito de efectividad del daño, pues la declaración de no apta en el reconocimiento médico impidió a la reclamante poder realizar la última de prueba de la fase de oposición, consistente en la elaboración ante el Tribunal de un proyecto profesional y la superación del curso selectivo, lo que imposibilitó que pudiera ser nombrada funcionaria de la categoría de Oficial del Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid.

Resulta, asimismo, acreditada la existencia de un nexo causal entre dicho daño y la actuación administrativa, que se debe a la incorrecta aplicación del cuadro médico de exclusiones, según quedó constatado en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de Madrid, de 28 de abril de 2013, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ahora reclamante. En efecto, de haber sido aplicada correctamente la causa de exclusión, la reclamante, que presentaba una agudeza visual en el ojo izquierdo inferior a 2/3 debía haber sido declarada apta, toda vez que el apartado 4.1.1 del Anexo II de las Bases de la convocatoria recogía como causa de exclusión *“la agudeza visual espontánea remota inferior a 2/3 en ambos ojos”*, lo que habría permitido poder superar el resto de pruebas necesarias para la adquisición de la categoría de Oficial del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid.

Un análisis del expediente remitido pone de manifiesto lo siguiente, relevante para el extremo que ahora nos ocupa. El tribunal calificador declaró no apto a la aspirante sobre la base de un informe oftalmológico efectuado el 1 de octubre de 2009 en el que, según la sentencia, se hizo constar que *“según el cuadro de exclusiones, en lo que se refiere a ojo y visión, en el apartado 4.1.1., la agudeza visual en ojo izquierdo es inferior*

a 2/3.” La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 28 de abril de 2013 consideró nula la declaración de no apta en las pruebas médicas, toda vez que la causa de exclusión recogida en las base era la agudeza visual espontánea remota inferior a 2/3 en ambos ojos, y no uno solo.

La exclusión de la reclamante del proceso selectivo no puede considerarse como una actuación administrativa razonada y razonable como se pone de manifiesto en el propio informe del Director General de Seguridad de 10 de julio de 2013 por el que solicitaba a la Asesoría Jurídica la no interposición de recurso de apelación contra la citada sentencia y que decía:

«La mencionada solicitud se fundamenta, en si bien el apartado 4.1.1 del Anexo II de las Bases de la convocatoria, referido a las exclusiones definitivas de carácter específico, de ojo y visión, establece lo siguiente: “Agudeza visual espontánea remota inferior a 2/3 en ambos ojos con o sin corrección según la escala Wecker. Para la realización de esta prueba los aspirantes podrán utilizar gafas o lentillas”. Dicho apartado, como señala la mencionada sentencia “recoge como causa de exclusión, la referida agudeza visual en ambos ojos, siendo así que, según el reconocimiento médico, la actora presenta agudeza visual inferior a 2/3 en el ojo izquierdo, pero no en los dos ojos, por lo que entiende que no concurriría en la misma la citada causa de exclusión”. Además, e independientemente de los anterior D^a (...) presta servicios en el Ayuntamiento de Madrid desde el 26 de enero de 1983 desempeñando en la actualidad, con total satisfacción, entrega y responsabilidad las funciones de Oficial (sic) en la Unidad Integral de Distrito de Villa de Vallecas, habiendo superado varios procesos selectivos sin que su agudeza visual haya supuesto ningún impedimento para su intachable prestación del servicio”.

QUINTA. Queda por determinar el importe de la indemnización de la que es acreedora la reclamante, y que ésta cifra en 16.586,75 €, resultado de la suma de las diferencias salariales entre el grupo A1 y el grupo A2, los trienios, el complemento de productividad y los daños morales y otros perjuicios como los gastos de abogado y tiempo destinado a la elaboración de los recursos.

La Administración considera en la propuesta de resolución que los daños referidos a las diferencias salariales, trienios, complemento de productividad son daños hipotéticos y no efectivos porque la sentencia declaraba el derecho a ser reconocida apta en el reconocimiento médico, pero no al nombramiento como funcionaria de carrera que supondría el reconocimiento de los derechos económicos y administrativos que conlleva el nombramiento del funcionario.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia nº 25/2016, de 22 de enero (recurso nº 650/2014), en un supuesto similar al que es objeto de presente Dictamen, relativo a la exclusión de un aspirante en un proceso selectivo de funcionario de Policía Nacional en la cuarta prueba consistente en el reconocimiento médico, posteriormente anulada por sentencia que declaró contraria a derecho su exclusión del indicado proceso selectivo, declarando su derecho a realizar el curso de formación para el acceso a la condición de funcionario de Policía. Así, ante la solución adoptada por la Administración (igual a la acordada por la Administración municipal en el presente caso) que en ejecución de la sentencia llamó a realizar el curso de formación al aspirante excluido indebidamente y, una vez superado dicho curso, procedió al nombramiento del funcionario de carrera con antigüedad propia de la fecha de su nombramiento y siendo escalafonado con la puntuación obtenida junto al resto de Policías de la Promoción con la que realizó el período formativo o práctico, la Sentencia de 22 de enero de 2016, 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), declara:

“La Sentencia de 9 de abril de 2010, 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”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa existen algunos hechos distintos al resuelto por la sentencia que deben ser tenidos en cuenta. En primer lugar, la reclamante no interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación de su recurso de reposición por Resolución del Director General de la Policía Municipal de fecha 29 de mayo de 2015 interpuesto contra su nombramiento de 30 de enero de

2015 al considerar que en su nombramiento no aparecía el que era el primer puesto de la promoción (por promoción interna) y que no se le estaba contemplando la antigüedad en la categoría de Oficial del Cuerpo de la Policía Municipal, así como los derechos adquiridos en cuanto al cómputo de trienios, en los que debía atenderse a la fecha de nombramiento de su compañero de promoción interna, ni tampoco interpuso de recurso de reposición ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra la Providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 21 de Madrid de 25 de noviembre de 2015 que resolvió el incidente de ejecución de sentencia.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la reclamante fue excluida del proceso selectivo en la segunda prueba del proceso selectivo para los aspirantes del turno de promoción interna, de manera que no solo tenía que realizar el curso de formación para su nombramiento, como en el caso de la sentencia, sino superar la tercera prueba de la fase de oposición consistente en la elaboración ante el Tribunal Calificador y presentación por escrito de un proyecto profesional relacionado con el puesto de trabajo a desempeñar durante un tiempo máximo de tres horas que versaría sobre un tema elegido por el aspirante de entre tres temas propuestos por el Tribunal y presentados en sobre cerrado y defendido posteriormente dicho proyecto ante el Tribunal en sesión pública de forma oral durante el tiempo máximo de una hora. Se desconoce, por tanto, si la reclamante habría aprobado cuatro años antes la última prueba de la fase de oposición y si habría sido, como reclamó en ejecución de sentencia, la primera del escalafón.

Estas circunstancias impiden que pueda reconocerse a la reclamante el derecho al abono total de las diferencias retributivas, trienios y complemento de productividad más el daño moral, porque la pretensión se articula en términos que no permiten calificar el daño como efectivo y debidamente evaluado económicamente porque la

sentencia establece, únicamente, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida al reconocimiento del derecho de la recurrente a ser declarada apta en la prueba del reconocimiento médico, sin que –como alega la Administración- reconozca el derecho de la reclamante al nombramiento como funcionaria de carrera con la categoría de Oficial en el Cuerpo de la Policía Municipal, pues para obtener dicho nombramiento era necesario superar la prueba del proyecto profesional y el curso selectivo de formación.

Sobre esta diferencia entre daño efectivo y daño hipotético se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia de 1 de octubre de 2014 (recurso de apelación 864/2012) en un supuesto similar en el que la sentencia reconocía una situación jurídica individualizada referida al nombramiento como funcionario en prácticas en un plaza de bombero que dice:

“Pero, además, y esto es lo más relevante, pues de concurrir los presupuestos siempre cabría una determinación de las bases que permitiesen su cuantificación en ejecución de sentencia, tal perjuicio habría de atender a los términos del pronunciamiento de la sentencia anulatoria del acto administrativo, la cual establece, únicamente, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida al nombramiento como funcionario en prácticas, de forma que las pretensiones económicas en cuanto se refieren a un diferente término de comparación (partiendo del nombramiento como funcionario de carrera y la actividad profesional correspondiente) no corresponden a la consideración del efectivo daño profesional que pudiera apreciarse del tenor de la sentencia, sino, en tal concepto, como un daño hipotético, que no puede ser objeto del pronunciamiento resarcitorio que nos ocupa.”

Procede en consecuencia, exclusivamente, la indemnización de los daños morales en cuanto se refieren a la evidente pérdida de oportunidades que, efectivamente, la resolución anulada comportó profesionalmente para el recurrente, en este caso si en lo que se refiere a la fecha en que hubiera podido acceder a la condición de funcionario en prácticas con sus subsiguientes efectos, (...)”.

Como señaló esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 407/16, de 15 de septiembre, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de la concurrencia de un comportamiento antijurídico realizado por un tercero distinto a la propia víctima que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de tal forma que consigue frustrar aquellas expectativas. Para ello, las posibilidades han de contar con cierta solvencia o seriedad y la frustración o pérdida ha de referirse la oportunidad misma y nunca a su objeto. Así, las probabilidades inciertas o improbables impiden entender que se haya producido un daño que merezca ser resarcido.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009 (recurso de casación 3269/2005) en los casos de pérdida de oportunidad, *“la dificultad de la determinación de la cuantía indemnizatoria por medio de los criterios precedentemente expuestos, conduce a considerar que el daño originado en el caso de autos es un daño moral que debe ser indemnizado en atención a criterios prudenciales, no objetivados”*.

Procede en consecuencia, exclusivamente, la indemnización del daño moral en cuanto se refiere a la evidente pérdida de oportunidad que, efectivamente, la resolución anulada comportó profesionalmente para la reclamante, en este caso, en lo que se refiere a la fecha en que hubiera podido acceder a la condición de funcionario en la categoría de oficial del Cuerpo de la Policía Municipal con sus subsiguientes efectos.

En el presente caso, la exclusión de la reclamante en el reconocimiento médico frustró su expectativa de continuar en el proceso selectivo y poder ser convocada con el resto de los aspirantes al curso de formación y, en consecuencia, ser nombrada con esa promoción. Las probabilidades de que la reclamante hubiese superado la oposición y, posteriormente, el curso selectivo eran muy altas, toda vez que aunque era necesario superar la fase de oposición con la prueba del proyecto profesional, el número de plazas convocadas para el turno de promoción interna era de cuatro y los aspirantes que se presentaron a la convocatoria por el turno de promoción interna convocados a la prueba del reconocimiento médico en la que fue excluida la reclamante fueron tres, incluida esta última.

Atendidas estas circunstancias, si las retribuciones que hubiera percibido la reclamante de no haber sido indebidamente excluida en el reconocimiento médico eran de 8.994 € por la diferencia de salario, 332,64 € por los trienios y 1.310,03 € por el complemento de productividad, esta Comisión Jurídica Asesora valora el daño moral sufrido en 10.000 €, al tener en cuenta que había una pequeña posibilidad de que la reclamante no hubiera superado su examen.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial en 10.000 €.

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 12 de julio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 326/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid