

Dictamen nº: **392/17**  
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **05.10.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 5 de octubre de 2017, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Don ..... sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su exclusión en el segundo ejercicio de las pruebas selectivas para proveer 30 plazas de Oficial de Jardinería, actuación que fue anulada por sentencia judicial.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 29 de julio de 2016, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Madrid un escrito presentado por la persona citada en el encabezamiento en el que reclama la responsabilidad patrimonial de dicha Administración como consecuencia del daño producido por su exclusión inicial por el Tribunal calificador en las pruebas selectivas para proveer 30 plazas de la categoría profesional de Oficial de Jardinería, convocadas mediante Decreto de 30 de noviembre de 2010 del delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid.

El reclamante alega que ante la injusticia de la citada exclusión tuvo que acudir a los tribunales obteniendo finalmente resolución favorable a sus intereses mediante Sentencia 285/2015, de 27 de julio, notificada el 29 de julio siguiente. El interesado subraya que la citada sentencia anuló el acto administrativo impugnado y ordenó retrotraer las actuaciones al momento de corrección del segundo ejercicio del proceso selectivo.

A la hora de concretar el daño producido, el interesado expone que su reclamación comprende los salarios dejados de percibir calculados desde que debería haberse incorporado al puesto de trabajo hasta el momento en que efectivamente se produjo la incorporación tras la sentencia judicial, lo que, según sus cálculos, arroja una cifra de 19.067,20 euros, cantidad que según dice resulta de descontar las cantidades percibidas por todos los conceptos durante el periodo por trabajos que ha venido desarrollando en otras empresas.

Igualmente considera que la indemnización debe comprender el daño moral causado, que cifra en 10.000 euros, pues sostiene que sufrió una importante zozobra y padecimiento dado que se vio privado de la plaza obtenida durante aproximadamente tres años, acogiéndose durante ese tiempo a trabajos inestables, temporales y mal remunerados.

El interesado aporta junto a su escrito de reclamación determinada documentación entre la que se incluye una copia de la Sentencia 285/15, de 27 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9, de Madrid y diversas nóminas del interesado correspondientes a los trabajos realizados durante el periodo reclamado.

**SEGUNDO.-** De la documentación que consta en el expediente, se pueden constatar los siguientes hechos que resultan de interés para la emisión del presente dictamen.

1. Por Decreto de 30 de noviembre de 2010 del delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de

Madrid se aprobaron las Bases Específicas que habían de regir la convocatoria de las pruebas selectivas para el ingreso como Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid, convocándose 30 plazas de dicha categoría.

Según el anuncio de 8 de mayo de 2012 del Tribunal Calificador, la segunda prueba de dicho proceso selectivo consistió en el *“Reconocimiento botánico de visu, de especies de árboles y arbustos de la jardinería de Madrid, que deberán ser identificadas por el opositor por su nombre científico: género y especie”*. Los opositores debían identificar diez láminas en total.

2. Mediante Acuerdo del Tribunal calificador de 10 de julio de 2012, se hizo pública la plantilla correctora de la segunda prueba en la que se consignó como respuesta válida a la primera pregunta: *“Acer campestris”* o *“Acer campestre”*, se anuló la lámina 4 por tener dos posibles respuestas correctas y se acordó que *“dado que el objeto de la prueba 2 era la identificación de las especies por su nombre científico, a la propia identificación material deberá acompañar la correspondiente corrección formal para que la pregunta que se considere correctamente contestada. En este sentido, y conforme a los principios recogidos por el Código Internacional de Nomenclatura Botánica, universal y unánimemente aceptado a este efecto por la comunidad científica, los nombres de las referidas especies deberán ser escritos en latín, con la primera de las letras, la correspondiente al género en mayúsculas y las restantes en minúsculas”*.

3. Por Acuerdo del Tribunal calificador de 23 de julio de 2012, se hizo pública la relación provisional de aspirantes del cupo de discapacidad y del turno libre que habían superado el 2º ejercicio del referido proceso selectivo en la que figuraba el reclamante con una calificación de 8,33 puntos, correspondientes a las ocho preguntas que el Tribunal le había computado como correctamente contestadas, de las nueve que integraban válidamente la prueba.

4. Por Acuerdo de 13 de diciembre de 2012, el Tribunal calificador hizo pública una nueva plantilla correctora en la que se consignó como única respuesta válida a la 1ª pregunta: “*Acer campestre*” y, en relación a la respuesta correspondiente a la lámina 8, se consignó como respuesta válida: “*Robinia pseudoacacia*”.

Como resultado del acuerdo anterior la respuesta dada por el recurrente a la primera pregunta, “*Acer campestris*” devino incorrecta, así como la respuesta correspondiente a la lámina 8 al haberla identificado el reclamante como “*Robinia Pseudoacacia*” y no como “*Robinia pseudoacacia*”. Una vez revisadas las respuestas del interesado con arreglo a los criterios del Acuerdo de 13 de diciembre de 2012 del Tribunal Calificador, el número total de respuestas correctas del reclamante fue de seis.

5. Por Acuerdo de 24 de enero de 2013 se aprobó la relación definitiva de aspirantes que había aprobado el proceso selectivo entre los que no figuraba el interesado.

6. El reclamante interpuso recursos de alzada contra el Acuerdo de 13 de diciembre de 2012 del Tribunal, por el que se hizo pública una nueva plantilla correctora y se procedió a modificar la relación de aprobados del segundo ejercicio del proceso y contra el Acuerdo de 24 de enero de 2013, por el que se aprueba la relación definitiva de aspirantes que superaron el proceso selectivo. Ambos recursos fueron desestimados por Decreto de 19 de marzo de 2013 de la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública.

7. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el citado Decreto de 19 de marzo de 2013, fue resuelto por Sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº9, de Madrid, notificada al interesado el 29 de julio siguiente. La mencionada sentencia estimó parcialmente el recurso, declarando nulo el acto administrativo impugnado y anulándolo en relación al interesado

*“debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la corrección del segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso como Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid regido por las Bases Específicas aprobadas por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administraciones Públicas de fecha 30 de noviembre de 2010, a fin de que valore a (el interesado) la respuesta correspondiente a la lámina 8 (Robinia Pseudoacacia), sin tener en cuenta la forma de escritura de dicha respuesta, esto es, con independencia de las mayúsculas o minúsculas de los caracteres utilizados, y en lo demás con arreglo a la plantilla correctora de 13 de diciembre de 2012”.*

En los fundamentos de derecho de la mencionada sentencia se acogen los de la Sentencia 152/2015, de 16 de marzo de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en relación con otro participante en el mismo proceso selectivo que el reclamante, en los que se dice lo siguiente:

*“En el caso concreto que examinamos, podemos afirmar, en base a lo expuesto que la exigencia, como criterio de corrección establecido por el Tribunal del concurso, de que en la prueba de botánica, la identificación de las especies, que no se hiciesen con la adecuada escritura formal, conforme a la nomenclatura oficial científica, determinar la incorrección de la respuesta, es una exigencia que requiere una mayor justificación objetiva y racional para superar el juicio que exige el mencionado artículo 23 de la Constitución, lo que no se da en el caso examinado pues no hay un motivo lógico y razonable fundado en los principios de mérito y capacidad que justifique la limitación acordada en relación con la escritura del nombre científico de la especie, cuando, además, hay otras normas de escritura en el CINB (Código Internacional de Nomenclatura Botánica), en relación con el nombre científico que no se han exigido”.*

8. El 4 de marzo de 2016, en ejecución de sentencia, el interesado tomó posesión del puesto de trabajo como funcionario de carrera en la categoría de Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación anterior se inicia expediente de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en 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 el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Consta en el expediente que el interesado fue requerido para que subsanara la reclamación aportando copia del nombramiento como Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid; una declaración suscrita por el reclamante en la que manifieste expresamente, que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia del daño sufrido o, en su caso, mención de las cantidades recibidas; indicación acerca de si por los mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas así como manifestación de los restantes medios de prueba de los que pretendiera valerse. Obra en los folios 63 a 80 del expediente que el requerimiento fue atendido por el interesado.

Figura en los folios 81 a 82 TER un segundo requerimiento al reclamante para que aportara un certificado acreditativo de los ingresos obtenidos durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2013 y el 4 de marzo de 2016, en concepto de prestación o subsidio por desempleo o por la realización de otros trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, acreditado mediante las correspondientes declaraciones de IRPF; en caso de no aportar dichos certificados, otorgamiento de consentimiento expreso

para que por el Ayuntamiento de Madrid, se pudiera acceder a sus datos personales en poder de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el Servicio Público Estatal de Empleo. Figura en los folios 90 a 92 que el interesado otorgó su consentimiento expreso para que se pudieran recabar los datos de los organismos anteriormente mencionados.

Según los datos que obran en el expediente en los folios 97 a 111, el interesado fue beneficiario de una prestación contributiva por desempleo de 720 días de derecho, de los cuales percibió 160 días, durante el periodo comprendido entre el 23 de abril de 2013 y el 2 de octubre de 2013, fecha en que causó baja por colocación. Durante el citado periodo, el reclamante percibió la cantidad de 5.312 euros, una vez efectuadas las deducciones correspondientes. De acuerdo con las declaraciones de la renta del interesado, durante el año 2013 tuvo unas retribuciones por importe de 17.472,91 euros; durante el año 2014, unas retribuciones de 17.811,71 euros y de 19.062,81 euros en el año 2015.

El 2 de febrero de 2017 emitió informe la Dirección General de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid (firmado por la subdirectora general de Retribuciones y Seguridad Social), en el que se indica que según consta en el Sistema Informático de Gestión de Recursos Humanos el interesado cesó en el puesto de trabajo que desempeñaba en el Ayuntamiento de Madrid como Oficial de Jardinería el día 22 de abril de 2013 y con fecha 4 de marzo de 2016 tomó posesión de un nuevo puesto de trabajo como funcionario de carrera en la categoría de Oficial de Jardinería en ejecución de sentencia. Se indica que realizada la liquidación (incluidos trienios y fondo de experiencia y permanencia) correspondiente al periodo comprendido entre el 23 de abril 2013 y el 3 de marzo de 2016 las retribuciones que debería haber percibido el reclamante en dicho periodo ascenderían a la cantidad total de 65.658,75€.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia al interesado. Consta en el expediente que el reclamante presentó un escrito el 19 de julio de 2017 en el que señalaba que en su reclamación inicial hizo una estimación de la pérdida de salarios producidos en 53.304,12 euros por la diferencia entre lo que debía haber percibido y las retribuciones recibidas de otras empresas, si bien resulta que durante la tramitación del expediente la Subdirección General de Retribuciones y personal ha cifrado en 65.658,75 euros los salarios dejados de percibir. Por ello amplía su reclamación en 12.354,63 euros más de lo calculado inicialmente, lo que determina la solicitud de una indemnización total por importe de 41.421,83 euros incluidos los daños morales.

El 16 de agosto de 2017 se formula propuesta de resolución proponiendo la desestimación de la reclamación al no tener el daño la condición de antijurídico.

Consta en el expediente que contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial el interesado ha formulado recurso contencioso-administrativo que se está tramitando en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Madrid, con el número de procedimiento ordinario 261/2017.

**CUARTO.-** La alcaldesa de Madrid, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 11 de septiembre de 2017, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D<sup>a</sup>. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de octubre de 2017.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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: a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada”*.

En el presente caso, el reclamante cuantifica el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto perjudicado por la exclusión del proceso selectivo.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid al ser la Administración que convocó, tramitó y resolvió el procedimiento para cubrir 30 plazas de la categoría de Oficial de Jardinería, contra el que se deduce la reclamación patrimonial

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en el caso de la anulación de actos conforme establece el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, desde haberse dictado la sentencia definitiva.

En el ámbito de la anulación de las resoluciones administrativas por sentencia, son varios los hitos que pueden tenerse en cuenta para la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad (fecha en que se dicta la sentencia, fecha de la publicación, de notificación, de adquisición de firmeza o incluso de notificación de dicha firmeza), si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de enero de 2000 (TEDH 2000/11, asunto Miragall Escolano y otros) ha asumido en una línea jurisprudencial consolidada, de la que son exponentes las sentencias de 21 de marzo y 18 de abril de 2000, la interpretación conforme a la cual la fecha que debe tomarse para el inicio del cómputo del plazo es la de notificación de la sentencia, tesis sostenida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes, entre otros, el Dictamen 520/09, de 12 de diciembre y el Dictamen 27/10, de 10 de febrero de 2010 y por esta Comisión Jurídica Asesora, así en el Dictamen 103/16, de 19 de mayo o en el Dictamen 159/17, de 20 de abril, entre otros.

En este caso, la Sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid en la que el interesado fundamenta su reclamación fue notificada el siguiente 29 de julio, por lo

que la reclamación presentada el 29 de julio del año siguiente se ha formulado en plazo legal.

El órgano petionario 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 y emitido el informe preceptivo que exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP y se ha redactado la propuesta de resolución.

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.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la 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 desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(…) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos 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 -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, alterándolo, en el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**CUARTA.-** Cuando de la anulación de actos administrativos se trata, como en este caso, la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, en el ya citado artículo 142.4 de la LRJ-PAC, el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

*“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización (...).”*

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 2017 con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y 1 de febrero de 2000 , entre otras):

*“La mera anulación de actos o disposiciones de la administración no dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la administración produce un perjuicio que el recurrente no está obligado a soportar, y, no es, por tanto, el aspecto objetivo del actuar antijurídico de la administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.*

**QUINTA.-** Como hemos expuesto en los antecedentes de este dictamen, el reclamante solicita que se le abonen los salarios dejados de percibir en el periodo comprendido entre abril de 2013 y su nombramiento como funcionario del Ayuntamiento de Madrid en el año 2016 así como los daños morales que entiende se le han ocasionado, una vez que se ha anulado por sentencia la valoración del segundo ejercicio del proceso selectivo para ingreso como Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid que, respecto al reclamante, realizó el Tribunal Calificador.

Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, lo primero que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada es la existencia de un daño real y efectivo a

quien solicita ser indemnizado, partiendo de la consideración de que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015) que señala que *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”*.

En el caso que da origen al presente dictamen, y sin perjuicio de lo que luego se dirá en cuanto a los daños morales solicitados, resulta evidente que la exclusión del reclamante del segundo ejercicio del proceso selectivo le ha supuesto un perjuicio económico, al haber dejado de obtener las retribuciones correspondientes al puesto al que concurría desde la fecha en que se tuvo que producir su incorporación en el año 2013 hasta que ésta efectivamente se produjo en el año 2016, una vez que, en ejecución de sentencia, se llevó a cabo en relación al interesado la revisión del segundo ejercicio del proceso selectivo con la consiguiente superación de las pruebas por el reclamante.

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 del segundo ejercicio del proceso selectivo en el que participó el reclamante y que, una vez anulada por la reiterada Sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº9 obligó a realizar una nueva valoración que proporcionó al interesado la puntuación suficiente para ser nombrado Oficial de Jardinería del Ayuntamiento de Madrid. 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).

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 al reclamante el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley.

Como hemos señalado anteriormente, 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 (...)*”.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) cita la de esa Sala de 28 de marzo de 2014, según la cual:

*“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 sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”.*

De acuerdo con la mencionada jurisprudencia esta Comisión Jurídica Asesora, como ya hiciera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, ha acogido 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.

La doctrina expuesta es acogida por la propuesta de resolución para considerar que en este caso la Administración actuó dentro de unos márgenes de actuación tanto razonados como razonables.

Sin embargo no podemos compartir la postura que sostiene la propuesta de resolución, sino que debemos concluir que en este caso cabe apreciar la antijuridicidad del daño. En efecto, la propia Sentencia de 27 de julio de 2015 acogiendo los razonamientos jurídicos de otra anterior de 16 de marzo de 2015, recaída en relación a otro aspirante en el mismo procedimiento, considera que la forma de valoración del segundo ejercicio del proceso selectivo, que consideró incorrectas las respuestas en las que la identificación de las especies, no se hiciese con la adecuada escritura formal, está fuera de lo razonable cuando expresa que *“no hay un motivo lógico y razonable fundado en los principios de mérito y capacidad que justifique la limitación acordada en relación con la escritura del nombre científico de la especie, cuando, además, hay otras normas de escritura en el CINB (Código Internacional de Nomenclatura Botánica), en relación con el nombre científico que no se han exigido”*. La sentencia después de recordar que el artículo 23 de la Constitución Española impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, teniendo en cuenta para la interpretación sistemática de este artículo y el 103.3 de la Constitución, otros principios, como el de la razonabilidad y el de proporcionalidad, no utilizando un grado de exigencia muy superior o muy inferior del necesario para la evaluación de las condiciones de los aspirantes, concluye que tal exigencia en cuanto a la escritura formal de las especies a identificar en el segundo ejercicio *“no*

*es razonable...en cuanto que no resulta justificado desde los principios de mérito y capacidad pues según lo que se desprende del propio, citado artículo 55 del EBEP Ley 7/2007, los procesos selectivos deben de ser adecuados para acreditar que los aspirantes poseen los méritos y conocimientos necesarios para desarrollar las tareas encomendadas, que en este caso son las de Oficial de Jardinería”.*

Conforme a lo expuesto, en este caso no puede considerarse que la actuación de la Administración se moviera en los márgenes de lo razonable, ni que actuara de forma razonada, como han reconocido en este caso tanto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2015 como la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº9 de 27 de julio de 2015, de manera que cabe reconocer la antijuridicidad de la lesión, por lo que el reclamante no debe quedar compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio derivan de la actuación administrativa.

**SEXTA.-** Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados, que ha de consistir, según hemos apuntado, en los ingresos que el interesado debió haber percibido de haberse producido su incorporación al puesto de trabajo en el momento en que debió entenderse que había superado el proceso selectivo, según lo expuesto en la consideración anterior. Se trata por tanto de una indemnización por lucro cesante, de la que habrá que deducir los ingresos percibidos por el reclamante durante ese periodo, para evitar que a través de dicho concepto se produzca un enriquecimiento injusto, como señala consolidada jurisprudencia [así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 (Recurso 2722/2013)].

De la documentación que obra en el expediente, en particular del informe elaborado por la Subdirección General de Retribuciones y Seguridad Social del Ayuntamiento de Madrid se infiere que durante el

año 2013 y en el periodo que debemos considerar, esto es, teniendo en cuenta la fecha de 23 de abril de 2013 como aquella en la que se tuvo que producir la incorporación al puesto de trabajo, el reclamante debería haber percibido la cantidad de 15.513,78 euros (incluidos trienios y fondo de experiencia y permanencia). Ahora bien, como apuntábamos anteriormente, la indemnización en ningún caso puede suponer un enriquecimiento injusto para el interesado, por lo que habrá que deducir las cantidades percibidas por el reclamante que resultan incompatibles con la percepción de un salario de la Administración, que en este caso sería la prestación por desempleo, que según el certificado del Servicio Público de Empleo Estatal incorporado al expediente alcanzó la cantidad de 5.312 euros en el periodo reclamado, así como también la retribuciones percibidas de las empresas privadas para las que trabajó el interesado en el periodo comprendido entre el 2 de octubre y el 31 de diciembre de ese mismo año, que según resulta de las nóminas aportadas por el reclamante así como de la declaración de la renta alcanzaron la cantidad de 4.127,22 euros. De esta manera, de acuerdo con las cantidades anteriormente señaladas le correspondería al interesado una indemnización de 6.074,56 euros en relación con la pérdida económica correspondiente al año 2013.

Realizando la misma operación para el resto de años a considerar resulta que, según el citado informe de la Subdirección General de Retribuciones y Seguridad Social el interesado debió percibir la cantidad de 50.144,9 euros en el periodo correspondiente a 2014, 2015 y los tres primeros meses del año 2016. Según las declaraciones de la renta del reclamante correspondientes a dicho periodo así como las nóminas aportadas, el interesado tuvo durante ese tiempo unas retribuciones de 40.156,34 euros, por lo que debería percibir como indemnización correspondiente a ese periodo la cantidad de 9.988,56 euros.

En suma, la indemnización correspondiente al lucro cesante alcanza la cantidad de 16.063,12 euros, cantidad que deberá ser actualizada

conforme a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

En cambio, no se ha acreditado por el interesado la efectiva concurrencia de los daños morales que reclama. En efecto, como recoge la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así Sentencia de 6 de abril de 2006) *“los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales”* y *“la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia”*, constituyendo *“estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)”*. En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que *“a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”*.

Ahora bien al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado y en este caso, como hemos dicho, el reclamante no aporta prueba alguna del daño que aduce y por la cuantía que reclama, por lo que no cabría reconocer ninguna indemnización por este concepto.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la presente reclamación de responsabilidad y reconocer al interesado una indemnización de

16.063,12 euros, cantidad que deberá ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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 5 de octubre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 392/17

Excm. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid