

Dictamen n^o: **74/12**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el Alcalde de Madrid. Hace llegar la consulta a este órgano consultivo el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por J.M.A.G., por los daños y perjuicios sufridos por el Decreto de la Concejala Delegada de Personal de 29 de junio de 2005 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 29 de septiembre de 2004 por el que declaraba al reclamante no apto para su ingreso en el Cuerpo de Agentes de Movilidad, anulados por sentencia firme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de enero de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, en relación con el presente expediente de responsabilidad patrimonial, procedente del Ayuntamiento de Madrid. Correspondió su estudio a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión

Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 de febrero de 2012.

El escrito de solicitud del dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de noviembre de 2010, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por el interesado anteriormente citado, por los daños y perjuicios sufridos por el Decreto de la Concejala Delegada de Personal de 29 de junio de 2005 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 29 de septiembre de 2004 por el que declaraba al reclamante no apto para su ingreso en el Cuerpo de Agentes de Movilidad por padecer discromatopsia, al haber sido anulados por la Sentencia de 28 de noviembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmó la Sentencia de 30 de diciembre de 2005 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid. Por ello solicita que se le indemnice por las remuneraciones básicas y complementarias dejadas de percibir desde el mes de octubre de 2004 hasta la fecha de su efectiva incorporación, el 1 de diciembre de 2009 y 12.000 € por los daños morales causados por los cinco años de incertidumbre sufridos como consecuencia de la actuación de la Administración municipal (folios 1 a 12 del expediente administrativo).

TERCERO.- Los hechos según se deducen del expediente administrativo son los siguientes:

Por Decreto de fecha 29 de marzo de 2004, la Concejal-Delegada de Personal del Ayuntamiento de Madrid aprobó las Bases y la convocatoria de pruebas selectivas, por el sistema de Oposición, para proveer 700 plazas del Cuerpo de Agentes de Movilidad, integradas en la escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, Clase Cometidos Especiales y pertenecientes al Grupo D. En el Boletín de la Comunidad de Madrid de

fecha 15 de abril de 2004, se publicaron las Bases Generales y el Programa por los que se regía la convocatoria de tales pruebas selectivas.

El reclamante formuló solicitud de admisión a las pruebas selectivas, mediante instancia de fecha 4 de mayo de 2004, aportando con posterioridad el correspondiente certificado médico oficial.

J.M.A.G. superó los tres primeros ejercicios de la oposición, apareciendo como apto en la lista de admitidos del Tercer Ejercicio (Pruebas Físicas), en la que aparece con el número aaa.

Con fecha 20 de septiembre de 2004 se constituye el Tribunal Calificador para recibir a la Doctora D. que aporta la relación de aspirantes que han resultado aptos, de entre ellos catorce resultan no aptos, once de ellos de acuerdo con la causa de exclusión 3.1.3 de las bases de la convocatoria (discromatopsias). En dichas listas aparecía el reclamante como no apto, según Anexo III 3.1.3. En la misma fecha, el Tribunal Calificador de las pruebas selectivas, mediante anuncio, hace pública la relación de aspirantes que resultaron aptos en el cuarto ejercicio (Reconocimiento Médico), en la que no figuraba J.M.A.G. En dicha resolución se concedía un plazo de tres días para solicitar cualquier aclaración que se considerara necesaria sobre los resultados de esta prueba.

Por escrito de fecha 22 de septiembre de 2004, el reclamante solicitó del Tribunal Calificador aclaración sobre la razón por la que no aparecía en dicha relación de aprobados y se acompañaran, en su caso, los informes médicos o de otra índole que habían servido para esa declaración.

Por escrito de fecha 27 de septiembre de 2004, la Secretaria del Tribunal Calificador comunicó al recurrente que *“la causa por la que ha sido excluido de la relación de aspirantes declarados aptos en la prueba de reconocimiento médico está motivada porque usted padece la causa de exclusión contenida en la Base 3.1.3 de la Convocatoria”* y que los

informes médicos no se encontraban a disposición del Tribunal por lo que deberá dirigirse al centro médico donde realizó el reconocimiento y solicitar la remisión del informe.

Solicitado al Centro Médico (A) que realizó el reconocimiento de los diferentes aspirantes, el Informe de J.M.A.G., se remitieron dos Informes emitidos en fecha 2 de septiembre de 2004 y suscritos por el Dr. F.A.M.F., en el primero de ellos se diagnosticó al reclamante una “*Discromatopsia*”, en el segundo, en el apartado “*control visión*”, “*visión cromática*” se señalaba “*no valorable*”.

En el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de fecha 7 de octubre de 2004, se publicó la resolución de la Concejal-Delegada del Ayuntamiento de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2004, por la que, a propuesta del tribunal calificador de las pruebas selectivas celebradas para cubrir 700 plazas de Agentes de Movilidad, se aprobó la relación de aspirantes aprobados en las pruebas selectivas, entre los que no figuraba J.M.A.G.

Contra esta última resolución se formuló recurso de reposición o alternativamente recurso de alzada que fue desestimado por el Decreto de la Concejal Delegada de Personal del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio de 2005.

Contra la citada resolución, el reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por Sentencia de 30 de diciembre de 2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid que estimó el recurso interpuesto por el reclamante contra el Decreto de la Concejal Delegada de Personal del Ayuntamiento de Madrid de 2 de junio de 2005 desestimatoria del recurso formulado contra el Decreto de 15 de noviembre de 2004 que aprobaba la relación de aspirantes que habían superado la cuarta prueba (reconocimiento médico) de la fase de oposición del proceso selectivo para proveer 700 plazas de Agentes de Movilidad del

Ayuntamiento de Madrid. El fallo de la sentencia anula *“la resolución recurrida por no ser conforme a derecho, reconociendo el derecho del recurrente a ser declarado apto en la cuarta prueba de reconocimiento médico, con los efectos legales que procedan según las bases de la convocatoria”*.

Recurrida la anterior sentencia en apelación, la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia de 28 de noviembre de 2006 desestimatoria, confirmado en su integridad la Sentencia de 30 de diciembre de 2005.

En ejecución material de la anterior sentencia, el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de 7 de julio de 2009 dispuso declarar aptos en el cuarto ejercicio, entre otros, al reclamante superando así la fase de oposición de las pruebas selectivas convocadas por Decreto de la Concejal Delegada de Personal de fecha 29 de abril de 2004 para proveer 700 plazas de Agente de Movilidad.

Por Decreto de 10 de agosto de 2009 del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, J.M.A.G. fue nombrado funcionario en prácticas en la categoría de Agente de Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, con una puntuación de 5,47 y su incorporación al curso selectivo de formación incluyéndole en un escalafonamiento particular creado al efecto donde figura como número bbb por delante de la 3ª promoción.

Por Decreto de 19 de noviembre de 2009 del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, el reclamante fue nombrado funcionario de carrera.

Planteado por el reclamante incidente de ejecución de sentencia, por Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid se consideró que la sentencia ya estaba ejecutada. Interpuesto contra dicha resolución judicial recurso de apelación, por Auto de 1 de marzo de

2011, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se estima el recurso de apelación formulado y declara que *“la ejecución de la sentencia en sus propios términos exige el reconocimiento de la antigüedad en la promoción correspondiente a las pruebas selectivas por oposición a Agentes de Movilidad aprobadas por Decreto de 29 de marzo de 2004 con arreglo a las bases publicadas en el BOCAM de 15 de abril de 2004 y al escalafonamiento dentro de dicha promoción en atención a la nota final obtenida en el puesto que le corresponda con abono de las cantidades dejadas de percibir desde la fecha en que fueron declarados aptos y empezaron a prestar servicio sus compañeros de la misma promoción hasta que empezó a desarrollar su actividad el actor en la cuantía en que los mismos las percibieron con los intereses compensatorios derivados de no haber dispuesto de tales cantidades teniendo derecho a ello y al reconocimiento de los demás derechos que se deriven de la antigüedad y derechos económicos reconocidos en la presente resolución”*.

A efectos de emisión del presente dictamen son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Escrito del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos, requiriendo al interesado para que en el plazo de quince días hábiles aporte determinada documentación consistente declaración suscrita por el afectado 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, indicación de las cantidades recibidas; Indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas; Copia de la Sentencia nº 1686/2006, de 28 de noviembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, copia de la Sentencia de 30 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, así como del Auto que resolvió el

incidente de ejecución citado en la reclamación e indicación de los restantes medios de prueba que se proponen. Este requerimiento de documentación adicional se hace con la advertencia de que, de no aportarla, se tendrá al reclamante por desistido de su reclamación, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP). El escrito es notificado el 27 de diciembre de 2010 (folios 14 a 16).

2. Escrito del interesado en respuesta al anterior requerimiento, presentado el 14 de enero de 2011, con el que aporta copia de las resoluciones judiciales solicitadas y propone como pruebas que se aporten al expediente todos los documentos relacionados con el reclamante en el expediente relativo al proceso selectivo y certificado del órgano competente del Ayuntamiento de Madrid en el que se especifique la suma total de las remuneraciones básicas y complementarias dejadas de percibir desde la fecha en que debió tomar posesión de su plaza, octubre de 2004, hasta la fecha de su efectiva incorporación: 1 de diciembre de 2009 (folios 17 a 35).

3. Escrito de la Subdirección General de Selección de Personal por el que se informa que el reconocimiento médico fue realizado por una empresa contratada por el Ayuntamiento y remite copia del expediente y de los documentos relacionados con el reclamante en el proceso selectivo (folios 39 a 139).

4. Escrito del interesado, presentado el 5 de abril de 2011, con el que aporta copia del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de marzo de 2011, estimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 6 de septiembre de 2010 (folios 141 a 145).

5. Notificación del trámite de audiencia a la empresa contratista responsable en la realización de los reconocimientos médicos (folios 146 a 148 bis).

6. Notificación del trámite de audiencia al reclamante, efectuada el 3 de junio de 2011 (folios 149 a 150 bis).

7. Escrito de alegaciones al trámite de audiencia presentado por la entidad B el 27 de mayo de 2011 (folios 157 a 170).

8. Escrito de alegaciones presentado por el interesado el 14 de junio de 2011 en el que se reitera en su reclamación y aporta copia del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de marzo de 2011 (folios 173 a 179).

9. Escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación formulada, objeto del presente expediente (folios 180 a 195).

10. Propuesta de resolución de 14 de diciembre de 2011, que propone la inadmisión por interposición extemporánea de la reclamación formulada (folios 231 a 243).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 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 cuando la*

cuantía sea indeterminada”. En el presente caso, el reclamante no cuantifica el importe de su reclamación porque junto con el daño moral que valora en 12.000 euros solicita el abono de todas las remuneraciones básicas y complementarias dejadas de percibir desde la fecha en que debió tomar posesión de la plaza de Agente de Movilidad en octubre de 2004, hasta la fecha en que se produjo su efectiva incorporación: 1 de diciembre de 2009. Por tanto, tratándose una reclamación de cuantía indeterminada, resulta preceptivo el Dictamen de este Consejo Consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido formulada legítimamente por el Ayuntamiento de Madrid y cursada a través del Vicepresidente Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada, por remisión del artículo 54 de la LBRL, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la actuación administrativa declarada inválida por resolución judicial.

El Ayuntamiento de Madrid tiene legitimación pasiva por cuanto de él dimanaba el acto administrativo cuya anulación por sentencia sustenta la pretensión del reclamante.

Por lo que al plazo se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 LRJ-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (Caso Miragall Escolano y otros) debe computarse desde que los interesados pudieron conocer efectivamente las decisiones judiciales. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2006 fue notificada al reclamante el 28 de diciembre siguiente, y si bien la reclamación de responsabilidad patrimonial es de fecha 12 de noviembre de 2010, resulta de aplicación la doctrina de la *actio nata* consagrada en el artículo 1.969 del Código Civil. Así, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año debe computarse desde que se tuvo conocimiento de los efectos de la referida sentencia.

Como afirma el Tribunal Supremo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el plazo es de prescripción y no de caducidad y sobre el comienzo del cómputo del plazo de prescripción ha puesto de manifiesto cómo la diferencia de los conceptos de caducidad y prescripción extintiva, mientras no se produzca durante un cierto tiempo, implica la inactividad del titular y el derecho tiene su origen preciso y duración determinada a partir del nacimiento del mismo, que ha de buscarse siempre en el acto que posibilita su realización comenzando a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, de suerte que sólo cuando el daño se ha hecho patente puede ser ejercitado el derecho a la indemnización en las condiciones exigidas en el propio precepto legal, al imponer que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, circunstancias que mal pueden acreditarse cuando no ha tenido aún cumplida realidad el efecto dañoso, aunque sus causas se

remonten a un momento anterior. Desde la anterior perspectiva es claro que, en el supuesto objeto del presente dictamen, no puede considerarse prescrita la acción para reclamar, como propone la Administración consultante, al no poder tomarse como punto de referencia la fecha de la Sentencia de 28 de noviembre de 2006, bastando para ello tener presente que en ella no se reconoce al reclamante el derecho a ser nombrado funcionario sino el derecho a ser calificado como apto en la cuarta prueba de reconocimiento médico “*con los efectos legales que procedan según las bases de la convocatoria*”, esto es, a ser nombrado funcionario en prácticas y, una vez superado el curso de formación, ser nombrado funcionario de carrera, de ahí que no pueda arrancar el cómputo a los efectos que aquí nos ocupan de dicho pronunciamiento al ser preciso que aquél llegara a materializarse. Por tanto, el plazo para ejercitar la acción ha de tomarse precisamente desde el nombramiento como funcionarios de carrera efectuado el 19 de noviembre de 2009, por ser la fecha desde la cual el reclamante pudo conocer el alcance del daño cuyo resarcimiento pretende, con lo que es obvio que la acción se ha ejercitado en el plazo de un año que al efecto estatuye el art. 142.5 de la Ley 30/1992, siendo éste el criterio jurisprudencial dominante respecto de esta cuestión que considera que el principio general de la “*actio nata*” significa que el cómputo del plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada. Especialmente, se ha aportado por la reclamante la prueba que ha considerado pertinente y se han recabado los informes de los servicios cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el ámbito de las entidades locales, el artículo 54 de la LBRL remite a lo dispuesto al régimen general de la LRJ-PAC, artículos 139 a 146, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión de responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria, que resulta trasladable al presente ámbito -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que

exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

El artículo 142.4 de la LRJ-PAC dispone que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”*.

El Tribunal Supremo ha interpretado dicho artículo manifestando que la anulación de un acto administrativo no lleva consigo necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino sólo cuando concurren los requisitos de un daño real y efectivo, individualizado y evaluable económicamente, producido por dicho acto que no haya el deber jurídico de soportar; y sólo cabe diferir a la fase de ejecución de sentencia, en el correspondiente incidente, la cuantificación del daño pero no la prueba de éste que ha de acreditarse en el proceso principal, pues sólo entonces puede reconocerse en sentencia el derecho a la indemnización. (*Vid.* Sentencias de 5 de junio de 2002, Recurso nº 4819/1996, y de 13 de junio de 2007, recurso nº 9070/2003).

Para dilucidar si el daño producido por una actuación administrativa inválida debe o no ser calificado de lesión antijurídica, la jurisprudencia

(Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 y 10 de marzo de 1998) distingue entre:

a) Los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de potestades regladas en las que, mediante la aplicación de datos objetivos hubiera debido declararse un derecho preexistente; y

b) Aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de potestades discrecionales en las que en la aplicación de la norma al caso, la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados.

En el primer caso, la lesión que pueda efectivamente producirse por el acto administrativo posteriormente invalidado, debe ser calificada de antijurídica, dado que la persona interesada no tiene el deber de soportar el que la Administración, en la aplicación de la norma al caso concreto, haya desconocido los datos objetivos cuya atención hubiera determinado la declaración de reconocimiento de derecho a favor de la persona reclamante.

En tanto que, en el supuesto en el que el acto invalidado dimana del ejercicio de potestades discrecionales o de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en los que la Administración goza de un margen de apreciación, en estos casos la persona afectada debe soportar el perjuicio siempre que la actuación administrativa (aunque de forma inválida) se haya mantenido dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir; y sólo cuando ello no ocurre aparecería el carácter antijurídico del daño.

Por ello, es preciso que la reclamante acredite los elementos de dicha responsabilidad, es decir, no solo la relación de causalidad existente entre la actuación de la Administración y el daño, sino también el propio daño que

se alega por el mismo, daño que además ha de ser evaluable económicamente a los efectos de su determinación.

CUARTA.- En primer lugar es necesario analizar si el reclamante ha probado debidamente los supuestos daños ocasionados, ya que los mismos deben ser, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJ-PAC, *“efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas”*.

La parte reclamante solicita el abono del lucro cesante consistente en las retribuciones básicas y complementarias que debería haber percibido desde el mes de octubre de 2004 hasta la fecha de su efectiva incorporación, al que no ha podido acceder por la incorrecta actuación de la Administración, así como a la indemnización del daño moral.

En definitiva, nos encontramos ante un caso en el que se alega lucro cesante, sobre cuyo resarcimiento, vía instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998) ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se

exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilizemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad”.

En jurisprudencia posterior se reitera el criterio que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditado la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 -recurso 1761/2002- y 6 de abril de 2006 -recurso 3498/2003-).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2006 desestima el recurso del Ayuntamiento y confirma la sentencia de 30 de diciembre de 2005. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el Auto de 1 de marzo de 2011 ya ha reconocido al reclamante el derecho a las retribuciones básicas y complementarias porque «el derecho a ser declarado apto en la cuarta prueba de reconocimiento médico “con los efectos legales que procedan según las bases de la convocatoria”, tales efectos legales son los previstos en la misma, que

comprenden esencialmente el nombramiento como agente de movilidad en prácticas, el acceso al curso de formación y al período de prácticas y el otorgamiento de la nota definitiva y el escalafonamiento en la promoción en la que el acto participó no con posterioridad a la misma ni siquiera antes de la siguiente sino en el puesto que le corresponde de la 2ª promoción en atención a su nota final añadiendo un puesto duplicado si ello fuera necesario en base a tal nota para hacerlo compatible con el daño otorgado por los participantes. De lo contrario, si no se ejecutara la sentencia de esta forma, se dejaría la ejecución de una sentencia de nulidad de un acto de la Corporación en manos de la misma que dictó un acto contrario a derecho y el recurso, en una medida importante, habría perdido su finalidad y resultaría incluso inoperante no generando la satisfacción del derecho vulnerado del actor.

En cuanto al derecho a las retribuciones durante el período de tiempo desde que finalizado el proceso comenzaron a percibir retribuciones quienes le superaron hasta que comenzó a percibir las el actor, es una consecuencia inherente al reconocimiento de los efectos administrativos en la fecha de resolución definitiva de la convocatoria en iguales condiciones que quienes superaron el proceso selectivo porque el restablecimiento al actor en sus derechos en la superación del proceso selectivo sólo se consigue si se le da el mismo trato que recibieron en su momento quienes superaron igual proceso selectivo con la compensación derivada de no haberlo disfrutado desde el mismo momento que ellos».

Por tanto, la indemnización solicitada por el reclamante en el presente procedimiento se trata de una cantidad que ya ha recibido como consecuencia del incidente de ejecución de sentencia y por tanto, de ser abonada nuevamente esta cantidad se produciría una duplicidad en el pago, constituyendo un claro supuesto de enriquecimiento sin causa.

En relación con el daño moral, si bien es cierto que el reclamante ha visto como la adquisición de la condición de Agente de Movilidad se ha demorado en cinco años por la actuación incorrecta de la Administración, este retraso ya ha sido valorado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al declarar que *“el restablecimiento al actor en sus derechos en la superación del proceso selectivo sólo se consigue si se le da el mismo trato que recibieron en su momento quienes superaron igual proceso selectivo con la compensación derivada de no haberlo disfrutado desde el mismo momento que ellos”*.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser desestimada al no concurrir los requisitos necesarios para su reconocimiento.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 8 de febrero de 2012