

Dictamen nº: **211/17**

Consulta: **Consejera de Economía, Empleo y Hacienda**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **25.05.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 25 de mayo de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Doña, por los daños y perjuicios que a su entender le ha producido el llamamiento para trabajar en Oficinas de Empleo a personas integrantes de la bolsa de trabajo del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, de Administración Especial (grupo A1).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 28 de octubre de 2016 en el Registro General de la Comunidad de Madrid, la persona identificada en el encabezamiento del dictamen, exponía que, por parte de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, se había procedido a la aprobación en enero de 2015 de la Orden 79/2015, por la que convocaba para su cobertura interina un puesto de trabajo vacante de Técnico Superior de Empleo, nivel 22. A decir de la reclamante, la lista de espera que mediante dicha Orden se creaba respondía a “*argumentos poco transparentes*” y se basaba en

unos requisitos de valoración “*más que discutibles*”, siendo así que, hasta aquella fecha, ni tan siquiera los directores de las Oficinas de Empleo habían tenido atribuido un nivel tan alto.

Según la reclamante, los sindicatos solicitaron a la Administración la retirada de la Orden al existir ya una Bolsa de Gestión de Empleo dimanante de un proceso selectivo, obteniendo como respuesta que las funciones a realizar por el adjudicatario eran de prospección, y no debían ser realizadas por los técnicos medios de nivel 18. La reclamante significaba el “*gran perjuicio económico y moral*” que supuso el que, con el paso de los meses, se hicieran llamamientos correspondientes a la bolsa de trabajo controvertida correspondientes a funciones que ella había desarrollado con anterioridad.

Asimismo, daba cuenta de que también se produjeron llamamientos con fecha 11 de febrero de 2016 a personas pertenecientes a la bolsa de trabajo de personal laboral alegando que los técnicos medios no podían trabajar en la Vía Lusitana, cuando precisamente la reclamante había estado trabajando en el año 2010 con certificados de profesionalidad en IRCUAL. Esto constituía a su juicio la contravención del orden de prelación establecido en el artículo 2 del Decreto 50/2001, de 6 de abril, por el que se regulan los procedimientos de cobertura interina de puestos de trabajo reservados a personal funcionario en la Administración de la Comunidad de Madrid, que implica la preferencia de las listas surgidas de procesos selectivos de acceso a la función pública autonómica en relación con las bolsas de espera de laborales temporales.

Consideraba que, a consecuencia de estos hechos, se le habrían producido los siguientes perjuicios a sus intereses legítimos, que a su entender no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley:

- 1) La creación “*de la nada*” de una bolsa de técnicos superiores de Empleo de nivel 22, lo cual supuso en el caso de la reclamante tener que

esperar al agotamiento de dicha lista para poder ser llamada, ya en septiembre de 2016 y solo hasta el final de dicho año, cuando las funciones para las que se llamó en primer lugar a aquellos las había realizado la reclamante con anterioridad o bien eran tareas de orientación que son propias del grupo profesional al que pertenece.

2) El priorizar el llamamiento a la bolsa de laborales, que se hizo el 11 de febrero de 2016 para incorporarse el día 25 de dicho mes en pos de la realización de funciones relacionadas con la expedición de certificados de profesionalidad, que igualmente habían sido desempeñadas por la reclamante en fechas previas.

Solicitaba por ello ser indemnizada en la cuantía de 18.000 euros, e incluía la solicitud de práctica de prueba documental relacionada con la documentación que aportaba con su escrito, entre ella una sentencia anulatoria de la Orden 79/2015, una comunicación del sindicato CCOO a los trabajadores en la que se informaba sobre dicha resolución judicial, la respuesta de la Administración a un escrito de algunos integrantes de la bolsa de trabajo de Técnicos de Gestión de Empleo y documentación relativa a las vinculaciones de la reclamante con la Administración regional.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente se derivan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente dictamen:

1. Mediante la Orden 912/2006, de 10 de abril, de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM de 4 de mayo, se convocaron, por el sistema de oposición, pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala de Gestión de Empleo, de Administración Especial, grupo B (A2), de la Administración autonómica. En la convocatoria (base decimotercera) se preveía la formación de una lista de espera que quedaría integrada por un máximo de cien candidatos de entre los aspirantes del turno libre y del

turno de discapacidad que obtuviesen como mínimo 4 puntos en la calificación del primer ejercicio de la oposición y no superasen el proceso selectivo, salvo que manifestasen expresamente su voluntad de no formar parte de dicha lista. También se contemplaba la posibilidad de ampliar dicha lista de espera en caso de agotarse, con el número adicional de aspirantes que hubieran superado la nota mínima de 4 puntos que resultare conveniente en función de las necesidades del servicio.

La reclamante tomó parte en el procedimiento selectivo, figurando en la lista definitiva de admitidos según se desprende de la Resolución de 18 de enero de 2007, publicada en el BOCM de 2 de febrero.

Por Resolución de 22 de mayo de 2008 (BOCM de 30 de mayo) se hizo pública la relación de aspirantes que habían superado el proceso selectivo.

Mediante Resolución de 5 de junio de 2008, de la Dirección General de Función Pública (BOCM de 17 de junio), se aprobó e hizo pública la lista de espera provisional a efectos de la selección de funcionarios interinos del Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala de Gestión de Empleo, de Administración Especial, Grupo B, de la Comunidad de Madrid, y se requirió la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos contemplados en la base segunda de la convocatoria a los primeros 100 aspirantes con derecho a integrarse en la lista de espera en función del orden de la puntuación obtenida en el proceso selectivo.

Por Resolución de la misma Dirección General de 31 de julio de 2008 (BOCM de 1 de septiembre), se aprobó la composición definitiva parcial de la lista de espera, que quedó constituida por los 96 aspirantes que presentaron en forma y plazo la documentación exigida, entre los cuales figuraba la reclamante.

Por nueva Resolución de 3 de septiembre de 2008 (BOCM de 26 de septiembre) se procedió a su rectificación material en el limitado sentido de integrar a una aspirante que, habiendo presentado la documentación, no había sido incluido en la referida lista por error.

Por Resolución de 23 de octubre de 2008, se procedió a la aprobación y publicación de la composición definitiva parcial de integrantes de la lista provisional aprobada por Resolución de 31 de julio de 2008, en la que estaba incluida la reclamante.

2. Mediante la Orden 79/2015, de 13 de enero, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura (BOCM de 21 de enero), se convocó, para su cobertura interina, un puesto de trabajo vacante del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, de Administración Especial, grupo A (A1), de la Comunidad de Madrid, previéndose la constitución de una lista de espera para la futura cobertura interina de puestos de trabajo de idénticas características en la referida Consejería.

El puesto convocado era el nº 46109, denominado “Técnico Titulado Superior”, Grupo A, NCD 22, adscrito a la Oficina de Empleo de Alcalá de Henares II, y perteneciente al Cuerpo funcionarial de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, cuyo acceso requería estar en posesión del título de Grado, Ingeniero, Arquitecto, Licenciado Universitario o equivalente.

Conforme al apartado primero de la Orden, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 50/2001, de 6 de abril, a partir de dicha convocatoria se constituiría una lista de espera para el nombramiento de funcionarios interinos en la Consejería convocante. Los términos de su composición venían definidos en el apartado décimo, que preveía su conformación con los aspirantes que igualasen o superaran el nivel mínimo fijado por el Tribunal para acreditar su idoneidad. La lista de espera regiría hasta la aprobación de una nueva tras las correspondientes

pruebas selectivas, siendo utilizada a efectos de la selección de funcionarios interinos del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, para la cobertura por la Consejería convocante de puestos de trabajo de idénticas características, entendiéndose por tales el nivel de complemento de destino, complemento específico y méritos valorados. La Orden contemplaba en su apartado duodécimo la posibilidad de formular recurso potestativo de reposición o directamente contencioso-administrativo frente a sus dictados.

Mediante Orden 2764/2015, de 23 de abril, de la consejera de Empleo, Turismo y Cultura (BOCM de 4 de mayo), se resolvió la convocatoria aprobada mediante la Orden 79/2015, de 13 de enero y se constituyó una lista de espera con 478 integrantes. La reclamante resultó excluida del proceso selectivo al no haber acreditado ostentar la titulación universitaria de nivel superior requerida para participar en el mismo.

El sindicato CC.OO. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden 79/2015, de 13 de enero, que fue estimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 23 de Madrid de 3 de noviembre de 2015, recaída en el Procedimiento Abreviado 99/2015, por la cual se anuló la referida orden a todos los efectos legales. El fallo estimatorio encontraba fundamento en el incumplimiento por parte de la Administración del artículo 12 del Acuerdo Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración y Servicios de la Comunidad de Madrid, que, al referirse a la modificación de las plantillas, imponía el deber de negociar con los sindicatos firmantes de dicho Acuerdo la modificación de las plantillas y de las relaciones de puestos de trabajo.

Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2016, la jefa de División de Personal de Empleo respondió a las peticiones de información formuladas por la actual reclamante y seis personas más acerca de la gestión de la lista de espera correspondiente al Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala Gestión de Empleo, en relación con el nombramiento

de funcionarios interinos procedentes de la lista de espera del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, constituida al amparo de la Orden 79/2015, de 13 de enero. En dicho escrito, se venía a razonar que el nombramiento de funcionarios interinos por la lista de espera de la Escala Superior de Empleo, se debía al hecho de que los programas de empleo en relación con los cuales eran reclamados, conllevaban con carácter general el desempeño de funciones de ejecución, control, estudio y propuestas de asesoramiento de naturaleza especializada, propias de cuerpos funcionariales superiores.

Con fecha 12 de julio de 2016, la actual reclamante presentó escrito que denominaba de reclamación previa a la vía jurisdiccional social, mostrando su disconformidad con el llamamiento para trabajar en Oficinas de Empleo de funcionarios interinos integrantes de la lista de espera correspondiente al Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, para desempeñar funciones similares a las que realizaban los integrantes de la lista de espera de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala Gestión de Empleo. Asimismo, lamentaba el incumplimiento del principio de trasparencia, toda vez que aquella lista no estaba siendo publicada de forma actualizada. Finalizaba pidiendo su incorporación inmediata a un puesto de trabajo de una Oficina de Empleo y el pago de la indemnización correspondiente a los emolumentos dejados de percibir desde enero de 2016 como consecuencia de la incorporación de técnicos superiores y de laborales.

Dicho escrito fue contestado por la División de Personal de Empleo con fecha 9 de septiembre de 2016, señalando, por un lado, que la interesada acababa de ser nombrada el 6 de septiembre funcionaria interina de la Oficina de Empleo de Argüelles, y, por otro, que la Orden 79/2015, de 13 de enero, podía seguir siendo aplicada al no haber adquirido firmeza toda vez que estaba pendiente de ser resuelto el recurso de apelación formulado por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de

Madrid contra la Sentencia de 3 de noviembre de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid.

El referido recurso de apelación (R.A. 267/2016) fue desestimado por la Sentencia 488/2016, de 23 de septiembre, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que hizo suyos los argumentos de la sentencia de instancia e incluso amplió la fundamentación de la anulación dictada por aquélla. La Comunidad de Madrid, según expresa la propuesta de resolución en el antecedente de hecho tercero, ha formulado recurso de casación contra dicha sentencia, actualmente pendiente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibida la reclamación, se ha iniciado expediente de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

El primer acto de trámite, suscrito por el jefe de División de Régimen Jurídico de Empleo con fecha 25 de noviembre de 2016, consistió en la petición de informe a la División de Personal de Empleo.

Con fecha 12 de diciembre de 2016, la jefa de División de Personal de Empleo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, suscribió el informe que le había sido solicitado por el instructor del procedimiento.

Con fecha 18 de enero de 2017, y tras un primer intento infructuoso, se procedió a comunicar a la interesada el inicio de la tramitación del procedimiento.

El instructor, mediante nuevo oficio de 25 de enero de 2017, otorgó el trámite de audiencia a la reclamante. En el expediente administrativo remitido a este órgano consultivo no consta la presentación de alegaciones

por su parte, no obstante haber recibido notificación personal de la dación del trámite con fecha 6 de febrero.

Mediante propuesta de resolución de 14 de marzo de 2017 se promueve la desestimación de la reclamación patrimonial al no considerar acreditada la efectividad ni la antijuridicidad del daño alegado por la reclamante.

CUARTO.- El día 23 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 115/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora.

Dicho plazo quedó suspendido por la solicitud de ampliación de documentación suscrita por el secretario de la Comisión Jurídica Asesora con fecha 19 de abril de 2017, en el que se solicitaba la remisión del expediente administrativo correspondiente a la cuestión de fondo planteada, puesto que, con la solicitud, solo se había remitido el expediente del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Dicha solicitud fue atendida por el secretario general técnico de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, remitiendo copia de las órdenes 912/2006 y 79/2015, de las dos sentencias dictadas en relación con la anulación de esta última y de las respuestas de 28 de junio y de 9 de septiembre de 2016 a las peticiones formuladas por la interesada ante la Administración.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2017.

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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada el 28 de octubre de 2016 según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, que ha derogado expresamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y 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 (RPRP), y que resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria.

La reclamante está legitimada activamente como interesada para la formulación de la reclamación, al amparo del artículo 4 de la LPAC y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al estar relacionada la solicitud indemnizatoria con ingresos que estima ha dejado de percibir por no haberse procedido a su llamamiento para ocupar determinados puestos de trabajo.

Se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid, al haber dictado los actos de los que trae causa la reclamación patrimonial.

En cuanto al plazo, conviene precisar que la reclamación no parece fundamentarse en la anulación por la jurisdicción contenciosa de actos o disposiciones administrativas, supuesto en torno al cual el artículo 67.1 de la LPAC, en su párrafo segundo, prevé que el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la sentencia definitiva. Así se deduce de la fundamentación de la reclamación, en la que se alude a las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid de 3 de noviembre de 2015 y a la de 23 de septiembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como documentación que acredita la veracidad de la reclamación, pero no como fundamento de la pretensión de resarcimiento.

Siguiendo la lógica interna de la reclamación, ésta pretende el abono de los perjuicios producidos a la reclamante por el hecho de haberse realizado llamamientos de personas integradas en la bolsa de trabajo del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, para desempeñar funciones en Oficinas de Empleo. Dichos llamamientos, según se deduce de la escasa documentación que nos ha sido remitida, han sido sucesivos desde la entrada en vigor de la Orden 79/2015, y seguirían realizándose en el momento de presentarse la reclamación, lo que impide considerarla prescrita al amparo del apartado 1 del citado artículo 67, que establece como regla general la prescripción del derecho a

reclamar al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural. Así, se ha incorporado al procedimiento informe de la jefa de División de Personal de Empleo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura. Igualmente, tras la instrucción del procedimiento se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones del interesado y se ha formulado propuesta de resolución.

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 LRJSP, completada con las normas procedimentales contenidas en la LPAC.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

- a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;
- b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto,

sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

- c) ausencia de fuerza mayor, y
- d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

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

CUARTA.- Del análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que “*(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

El perjuicio alegado por la interesada reside en la ausencia de percepción de las retribuciones que hubiera podido ingresar de haber sidoemplazada a desempeñar funciones en las Oficinas de Empleo cuando se han producido llamamientos a funcionarios del Grupo A1. En realidad, con respecto a aquellos períodos de los reclamados en los cuales la reclamante estaba desempeñando funciones al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid en dicho Cuerpo del Grupo A2, el posible daño quedaría circunscrito a las diferencias de retribuciones entre técnicos y diplomados especialistas de la Escala de Gestión de Empleo y técnicos superiores especialistas de la Escala Superior de Empleo. Es el caso del nombramiento efectuado a partir del 6 de septiembre de 2016 como funcionaria interina de la Oficina de Empleo de Argüelles, al que hace referencia el escrito de la División de Personal de Empleo de fecha 9 de septiembre de 2016.

Limitado el examen de la reclamación a ese pretendido daño, la primera cuestión que suscita la misma es la utilización de un cauce procedural, el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas, para fines distintos de los previstos por el Ordenamiento Jurídico.

En efecto, el escrito de la interesada tiene por objeto poner en entredicho la actuación de la Administración al dictar la Orden 79/2015, de 13 de enero, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocó para su cobertura interina un puesto de trabajo vacante del Cuerpo de Técnicos Superiores Especialistas, Escala Superior de Empleo, de Administración Especial, grupo A (A1), de la Comunidad de Madrid. Asimismo, de la referida orden se derivó la constitución de una lista de espera para la futura cobertura interina de puestos de trabajo de idénticas características en la referida Consejería.

Cabe destacar que la reclamante, conocedora de la referida Orden al punto de presentar un escrito en vía administrativa junto con otros compañeros manifestando su disconformidad con su aprobación, que fue respondido por la jefa de División de Personal de Empleo en documento de fecha 28 de junio de 2016, ha dejado pasar la oportunidad de proceder a su impugnación en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Conviene resaltar que dicha Orden contemplaba en su apartado duodécimo la posibilidad de formular recurso potestativo de reposición o directamente contencioso-administrativo frente a sus dictados, es decir, que la interesada tenía conocimiento de los medios de impugnación que debía utilizar con vistas a su anulación.

Lo mismo ha de decirse en cuanto a la Orden 2764/2015, de 23 de abril, de la consejera de Empleo, Turismo y Cultura, que trae causa de la citada Orden 79/2015, de 13 de enero, en cuanto resolvió la convocatoria aprobada por ésta y constituyó una lista de espera integrada por 478 aspirantes a integrarse en la función pública. La reclamante resultó excluida del proceso selectivo al no haber acreditado ostentar la titulación universitaria de nivel superior requerida para participar en el mismo, y tampoco formuló recurso frente a la misma.

De ahí que, como decíamos, la reclamación pretenda poner en entredicho las referidas actuaciones administrativas fuera de los cauces legalmente establecidos para ello, cuales son la impugnación administrativa y jurisdiccional o, en su caso, la revisión de oficio de actos administrativos firmes. Queda fuera de los límites de la función atribuida a esta Comisión Jurídica Asesora, proceder al examen de su legalidad fuera de su planteamiento por esas vías.

QUINTA.- En cualquier caso, y a pesar de que, según se ha dicho con anterioridad, el escrito de reclamación no se fundamenta en la anulación de un acto o disposición administrativa, al haberse anulado la Orden 79/2015, de 13 de enero, en la que la interesada encuentra el origen de los daños que alega, conviene aclarar que la reclamación tampoco puede ser acogida actualmente por esa vía.

Conviene recordar que, según viene expresando este órgano consultivo en sus dictámenes, dicha exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento en el artículo 32.1 de la LRJSP (anterior 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, por sí misma, derecho a indemnización”.

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma Sentencia, “el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que

el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 154/2001, de 23 de marzo, dice que

“(...) la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización (artículo 142.4 de la Ley 30/1992), sí existe, no obstante, 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 subjetivo 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. En este sentido (se pronuncia) la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 1998. En suma, si bien la mera anulación de actos o disposiciones administrativas no genera por sí sola la obligación de indemnizar, ésta surgirá siempre que se produzca un daño o lesión patrimonial que el particular no tenga el deber jurídico de soportar”.

Se ha de resaltar asimismo que en materia de anulación de normas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto fin a la polémica que se venía suscitando, y ha clarificado los distintos efectos que sobre la responsabilidad patrimonial se producen en función de que la norma anulada sea una ley o un reglamento. Así, estima que esta responsabilidad se produce en el caso de anulación de leyes por vulneración de la Constitución, pero no en el caso de normas reglamentarias fundamentándose estas diferencias en la falta de acción de los particulares

para cuestionar la constitucionalidad de las leyes, acción que sí les corresponde para impugnar la legalidad de las normas reglamentarias y en la presunción de constitucionalidad de que goza la Ley, dotando de legitimidad la actuación administrativa realizada a su amparo.

Superando las discrepancias suscitadas, el Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina, dicta sentencias de 24 de mayo de 2005 (RC 276/2004) y 18 de julio de 2005 (RC 550/2004) en las que dice:

“(...) esa doctrina que se aplica para las consecuencias que derivan de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como consecuencia de la declaración de constitucionalidad de una Ley no es aplicable a supuestos como los planteados cuando de la nulidad de disposiciones generales se trata en las que la firmeza de los actos dictados en aplicación de aquella hacen estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

En efecto, en doctrina reiterada en relación con asuntos análogos al que se estudia (por todos, el Dictamen 19/17, de 12/1), esta Comisión Jurídica Asesora señaló que el artículo 142.4 de la LRJ-PAC (actual 32.1, párrafo segundo, de la LRJSP), debía ser entendido en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Como ha señalado el Alto Cuerpo Consultivo, el citado precepto no da por supuesto el derecho a la indemnización, ni establece una presunción *iuris tantum* en el sentido de que la anulación de un acto administrativo suponga *per se* la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración autora del acto.

En tal sentido se indicó por el Consejo de Estado con ocasión del dictamen número 88/2014, de 8 de mayo:

«en relación con el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 en su primer inciso (“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, si bien no la excluye conforme a los requisitos legales), tiene sentado el Tribunal Supremo que la concurrencia de tales requisitos “ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción del resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto” (sentencia de 31 de enero de 2008)».

En el caso que se nos somete a dictamen, falta un presupuesto esencial para la estimación de este tipo de responsabilidad patrimonial, y es que, según expresa la propuesta de resolución, la sentencia que ha anulado la Orden 79/2015, de 13 de enero, no es firme al haber sido recurrida en casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Además, la anulación que, de modo provisional, ha realizado la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 23 de Madrid de 3 de noviembre de 2015, recaída en el Procedimiento Abreviado 99/2015,

confirmada en sede de apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (S. 488/2016, de 23/9), se fundamenta en razones que nada tienen que ver con lo expuesto por la interesada en el escrito de reclamación.

En efecto, el fallo estimatorio se basaba en el incumplimiento por parte de la Administración de la Comunidad de Madrid del artículo 12 del Acuerdo Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración y Servicios de la Comunidad de Madrid. Dicho precepto, al referirse a la modificación de las plantillas, impone el deber de negociar con los sindicatos firmantes la modificación de las plantillas y de las relaciones de puestos de trabajo, negociación que ha sido preterida en el caso expuesto. En dichos términos, no se puede deducir que ello suponga dar la razón al argumento utilizado por la reclamante en el sentido de que el puesto convocado por la Orden 79/2015, de 13 de enero, debía estar ocupado por técnicos y diplomados especialistas de la Escala de Gestión de Empleo y no por técnicos superiores especialistas de la Escala Superior de Empleo. Examinando las sentencia, no se deduce ni que dicha cuestión haya sido valorada por el juzgado *a quo* ni por el tribunal *ad quem* ni que tan siquiera haya sido planteada por el sindicado accionante.

Por lo demás, tanto los escritos de respuesta a la interesada desde la División de Personal de Empleo, como el informe emitido en el procedimiento y la propuesta de resolución, contienen una motivación precisa y detallada de las razones legales en las que se basa la actuación administrativa puesto en entredicho, interpretación que, según hemos expresado con anterioridad, debe prevalecer mientras que no haya un pronunciamiento administrativo o judicial que desvirtúe su presunción de legalidad por los cauces legalmente establecidos al efecto.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid al no revestir el daño alegado la condición de antijurídico.

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 25 de mayo de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 211/17

Excma. Sra. Consejera de Economía, Empleo y Hacienda

Carrera de San Jerónimo, 13 – 28014 Madrid