

Dictamen nº: **259/17**

Consulta: **Alcaldesa de Madrid**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **22.06.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de junio de 2017, sobre 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 Dª. sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de inclusión en una Oferta de Empleo Público dentro del plazo establecido legalmente, de la plaza que ha ocupado en la Administración como funcionaria interina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 29 de enero de 2016 en la Oficina de Atención al Ciudadano del Distrito Latina, la reclamante exponía que, con fecha 3 de febrero de 1999, había sido nombrada funcionaria interina del Ayuntamiento de Madrid como técnico de Administración General, Rama Económica. Según añadía, en el apartado cuarto de la referida resolución se incluía la referencia a que las personas designadas cesarían automáticamente en su condición de funcionarios interinos cuando los aspirantes que hubieran resultado aprobados en las convocatorias correspondientes tomaran posesión de la plaza adjudicada

como funcionarios de carrera o cuando la Corporación entendiera desaparecidas las razones de urgencia motivadoras de su llamamiento, conforme a lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 896/91, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local.

Añadía que, conforme a la referida disposición adicional, el presidente de la Corporación podía efectuar nombramientos de personal funcionario interino para plazas vacantes siempre que no fuera posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera. Lamentaba que, en su caso, la resolución por la que se había procedido a su nombramiento no expresara cuáles eran las razones de urgencia en cuya virtud se le designaba, que consideraba de todo punto inexistentes a la vista de que su permanencia en el puesto se había extendido en un espacio temporal de 15 años, once meses y veinticuatro días. Esta primera circunstancia determinaba ya a su juicio un incumplimiento burdo, sistemático y reiterado de las obligaciones del Ayuntamiento de Madrid en cuanto a la cobertura de plazas mediante funcionarios interinos.

Junto a ello, recriminaba a la Administración municipal el hecho de no haber procedido a incluir su plaza en la oferta de empleo público del año siguiente ni en ninguna otra hasta el año 2014, en el que, mediante decreto de la delegada de Economía, Hacienda y Administración Pública, se procedió a la convocatoria de la plaza para su provisión ordinaria.

Poniendo en relación ambas irregularidades, concluía que la Administración municipal había incurrido en desviación de poder, convocando de un lado la plaza mediante interinidad para eludir los inconvenientes que en forma de indemnización por despido supondría cubrirla mediante personal laboral, y, de otro, demorando la convocatoria de la plaza durante años. Citaba en su beneficio la Sentencia de la Sala

de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2000, R.A. 95/2000, que calificaba como desviación de poder la demora indefinida en la provisión de puestos de trabajo correspondientes a funcionarios de carrera.

En concreto, a su entender, la plaza que ocupaba tenía que haber sido incluida entre las 14 plazas de técnico de Administración General de Rama Económica convocadas por la OEP de 2000 o entre las 13 convocadas en el mismo instrumento en el año 2001, siendo así que no lo fue hasta la convocatoria de 16 plazas en el año 2011. Estas plazas eran correspondientes a las OEP de 2004 (10 plazas), 2005 (5 plazas) y 2008 (1 plaza).

Según entendía, dicha tardanza contrastaba con lo dispuesto en el artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, que remitía a la aprobación de las ofertas de empleo público en un plazo máximo de tres años. Remarcaba que, aun siendo posterior dicho texto legal a su contratación, el Ayuntamiento de Madrid, tras su entrada en vigor, había esperado cuatro años más a la convocatoria pública de su plaza. En este punto llamaba nuevamente la atención sobre la doctrina judicial, en este caso de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que en sentencia de 25 de abril de 2012, R.A. 95/2000, había manifestado que, no obstante considerar que dicho incumplimiento del plazo establecido no era determinante de nulidad conforme a las reglas generales de validez de los actos administrativos, podría dar lugar a una posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Posteriormente, la práctica judicial habría evolucionado en el sentido de considerar incursas en nulidad de pleno derecho a las convocatorias de empleo producidas más allá del referido plazo de tres años (verbigracia, el TSJ de Madrid en la S. 671/2015, de 11/11, o el de Galicia en S. de 5/6/2014,

amén de algunos órganos unipersonales en precedentes que también citaba).

En concreto, su cese no se produjo hasta el 31 de octubre de 2014, tras resolverse el correspondiente procedimiento de libre designación. Consideraba que, con tal actuación, el Ayuntamiento de Madrid había contribuido a empeorar su precariedad laboral e inestabilidad en el empleo, y se consideraba acreedora a una indemnización conforme a lo indicado en el informe del Defensor del Pueblo de 2013 sobre “Funcionarios interinos y personal eventual. La provisionalidad y temporalidad en el Empleo Público”.

Lamentaba que no se hubiera atendido al diseño contenido en dicho informe en orden al establecimiento de un plazo máximo para el nombramiento de los funcionarios interinos, previendo una indemnización para los que lo fueran de larga duración.

También llamaba la atención sobre el Derecho Comunitario, en concreto sobre la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, aplicable a todo el personal al servicio de la Administración según había entendido el Tribunal de Justicia de la UE en sentencia de su Sala Segunda de 22 de diciembre de 2010. A decir de dicha resolución, el Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de oponerse a una normativa nacional que no incluya ninguna medida para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público.

Por analogía, solicitaba la aplicación del régimen legal aplicable a la extinción de los contratos laborales, indemnizándole con 45 días de salario con un máximo de 42 mensualidades por año de servicio trabajado. En su caso, el período a computar iría entre el 3 de febrero de 1999 y el 26 de enero de 2015, lo cual, teniendo en cuenta que percibía

un salario bruto anual de 54.718,94€, determinaría una indemnización de 109.299,81€.

Adjuntaba a su escrito copia de la resolución por la cual se procedió a su nombramiento, decreto de cese en el puesto de trabajo y certificado de retribuciones correspondiente al año 2014.

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

Por Decreto del concejal delegado del Área de Régimen Interior y Personal de 1 de febrero de 1999, la actual reclamante fue nombrada funcionaria interina del Ayuntamiento de Madrid como técnico de Administración General, Rama Económica, resultando adscrita a un puesto de la Agencia Tributaria de nueva creación (al igual que dicho órgano).

Por Decreto de la concejala delegada de Personal de 28 de junio de 2001, se convocaron 27 plazas de técnico de Administración General, Rama Económica.

Mediante nuevo Decreto de 5 de octubre de 2006, se convocaron tres nuevas plazas dentro de un proceso de consolidación de empleo.

Con posterioridad, se han producido modificaciones en su puesto de trabajo, que, según dice el informe de la Dirección General de Recursos Humanos (RRHH) incorporado al procedimiento, le fueron notificadas a la interesada en fechas 6 de mayo de 2004, 9 de marzo de 2005, 1 de enero de 2006, 5 de febrero de 2009 y 29 de septiembre de 2012.

Ya con fecha 28 de marzo de 2011, se procedió a convocar 16 plazas adicionales.

Por Resolución de la Dirección General de RRHH de 11 de septiembre de 2014, se realizó la convocatoria mediante libre designación de la plaza ocupada por la reclamante para su provisión ordinaria.

Por nueva resolución de la misma autoridad de 31 de octubre de 2014, se adjudicó el puesto ocupado por la reclamante a un funcionario de carrera.

Mediante Decreto de la delegada de Economía, Hacienda y Administración Pública de 31 de octubre de 2014, se procedió al cese de la reclamante con efectos al día anterior a la toma de posesión de la nueva titular del puesto.

La adjudicataria de la plaza tomó posesión de la misma el 27 de enero de 2015, procediéndose el cese efectivo de la reclamante el día anterior.

TERCERO.- Recibida la reclamación, el primer acto de trámite, suscrito por la consejera técnica de la Subdirección General de Organización y Régimen Jurídico con fecha 3 de febrero de 2016, consistió en el requerimiento de subsanación a la reclamante a fin de que aportara la declaración de no haber sido ni ir a ser indemnizada por una aseguradora ni existir otro procedimiento pendiente a tal fin, así como los restantes medios de prueba de los que pretendiera valerse.

La subsanación se produjo aportando las declaraciones pendientes con fecha 2 de marzo de 2016, y remitiéndose a título de prueba a la documental aportada con el escrito de reclamación.

En el curso del procedimiento, se ha requerido informe de la Dirección General de RRHH, que se ha referido a los hechos que jalonan la vinculación profesional de la reclamante con la Administración municipal, así como a las retribuciones percibidas por la misma.

También se ha emitido informe sobre las retribuciones percibidas por la interesada por la subdirectora general de Retribuciones y Seguridad Social, así como por la subdirectora general de Secretaría General Técnica y Servicios Jurídicos de Tributos de la Agencia Tributaria Madrid.

Por oficio de la instructora de 3 de mayo, se ha concedido el trámite de audiencia a la reclamante, que ha solicitado se tuvieran por reiteradas sus alegaciones iniciales y ha puntualizado los pormenores relativos a las modificaciones efectuadas en la plaza que estuvo ocupando durante quince años.

Mediante propuesta de resolución de 23 de marzo de 2017, de la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial y la subdirectora general de Organización y Régimen Jurídico, se promueve la desestimación de la reclamación patrimonial al no considerar concurrente en el daño alegado por la reclamante, el presupuesto de antijuridicidad. A dicha conclusión se llegaba con base en los siguientes argumentos: conocimiento por la interesada de la provisionalidad de su ocupación del puesto desde el momento de acceder al mismo; falta de aprobación por la actual reclamante de los procesos selectivos de técnico de Gestión y de auxiliar administrativo a los que se presentó durante su interinidad y de los convocados para técnico de Administración General de la Rama Económica; ausencia de nulidad de la convocatoria de la plaza no obstante el transcurso de los tres años fijados como tope máximo en el EBEP según recogía la sentencia 174/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid; la falta de impugnación por la interesada de las resoluciones por las que se procedió a la convocatoria de la plaza que ocupaba y a su adjudicación al funcionario de carrera ganador del procedimiento de provisión del puesto de trabajo según había recogido el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen 450/2015, y la falta de acreditación del daño sufrido puesto que lo único que se deducía de los certificados de retribuciones unidos al

procedimiento es que había obtenido la correspondiente compensación económica durante su permanencia en la Administración municipal.

CUARTO.- El día 11 de mayo 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 206/17, 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 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 (ROFCJA).

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 22 de junio 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 ROFCJA.

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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en 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). Así se deduce del hecho de 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 (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante está legitimada activamente para la formulación de la reclamación, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, al estar relacionada la solicitud indemnizatoria con una situación que le afecta personalmente, en relación con lo que considera una excesiva prolongación de su permanencia en el vínculo de interinidad.

Se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid, al proceder del mismo la actuación administrativa de la que trae causa la reclamación patrimonial.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso examinado, la reclamación aduce que el cese de la interesada en su puesto de trabajo se produjo el 26 de enero de 2015, razón por la cual debería considerarse formulada en plazo hábil al haber sido presentada el 25 de enero de 2016.

Esta Comisión Jurídica Asesora comparte tal planteamiento, no rebatido por otra parte por la Administración que recaba el dictamen en su propuesta de resolución, al ser el efectivo cese en su puesto de trabajo el hecho determinante del daño que alega. Además, no se puede afirmar que tuviera completa noticia de la verdadera entidad de los perjuicios invocados hasta el día en que dejó de pertenecer a la Administración, máxime cuando vincula la posible indemnización al tiempo de su permanencia en la interinidad.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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 sufrido 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.

Sin embargo, la posible concurrencia de un daño que se pueda ligar en relación de causa efecto con una determinada actuación administrativa, no supone por sí sola un argumento suficiente para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración. En dicho sentido ha destacado la misma Sala del Alto Tribunal (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 sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el

daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

CUARTA.- Recientemente hemos advertido en el Dictamen 115/17, de 15 de mayo, también en relación con un procedimiento de responsabilidad patrimonial en materia de personal, que el acudir directamente a la vía de la responsabilidad patrimonial para atacar resoluciones administrativas relativas a las convocatorias de puestos de trabajo implica 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 -decíamos en aquella ocasión-, el proceder al examen de su legalidad fuera de su planteamiento por esas vías.

Esa situación se repite en la reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la que hoy nos enfrentamos. En concreto, son tres las resoluciones administrativas recurribles que, afectando directamente a la situación jurídica de la recurrente, han resultado consentidas por ésta, dejando pasar la posibilidad de conseguir su declaración de disconformes a Derecho. Nos referimos a las resoluciones -recogidas en los antecedentes de hecho- de la Dirección General de RRHH de 11 de septiembre de 2014 por la que se realizó la convocatoria mediante libre designación de la plaza ocupada por la reclamante para su provisión ordinaria, a la del mismo órgano de 31 de octubre de 2014 por la que se adjudicó el puesto convocado a un funcionario de carrera y a la de la delegada de Economía, Hacienda y Administración Pública de 31 de octubre de 2014 por la que se procedió al cese de la reclamante con efectos al día anterior a la toma de posesión de la nueva titular del puesto. En ninguno de estos casos tuvo a bien la interesada manifestar

su disconformidad con el proceder administrativo recurriendo las resoluciones que, a la vista del contenido de su escrito actual de reclamación, considera lesivas para sus derechos e intereses.

En línea con lo ya advertido en el Dictamen 115/17, debemos insistir en que no se puede hurtar a la Administración la posibilidad de manifestarse en primer lugar sobre la nulidad o validez de los actos administrativos. El procedimiento de responsabilidad patrimonial no es adecuado a los referidos efectos, máxime cuando la ley contempla medios para reconocer una compensación económica a la par que se decide la invalidez de determinada actuación administrativa. Así, en la revisión de oficio es posible reconocer una indemnización y en vía contenciosa-administrativa se admite ya de modo generalizado que a la pretensión principal de anulación de un acto o resolución se pueda añadir otra de restablecimiento de una situación jurídica particularizada en forma de indemnización de daños y perjuicios. Por cualquiera de estos medios, la reclamante podría haber perseguido la satisfacción a su interés en el sentido de declararse que la actuación municipal era contraria a Derecho, y además podía haber conseguido un posible resarcimiento en el caso hipotético de haberse llegado a tal entendimiento por el órgano administrativo o judicial competente.

La reclamación de responsabilidad patrimonial también es un instrumento para que la Administración se pronuncie con carácter previo a la vía judicial, pero no sobre la validez de una actuación administrativa, sino sobre la procedencia de indemnizar. En este punto, cabe establecer una diferenciación entre las actuaciones administrativas materiales, en que el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede ser una vía para declarar la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración a la par que se anuda una consecuencia indemnizatoria a dicha declaración, y las actuaciones jurídicas de la Administración, con

respecto a las cuales, como hemos referido, hay otros medios dispuestos por el Ordenamiento Jurídico para su invalidación.

Estas conclusiones nuestras vienen a coincidir además con el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en relación con una reclamación promovida con fundamentación similar a la actual por 85 funcionarios interinos al servicio del Ayuntamiento de Madrid cuyo cese se produjo en virtud de Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública de 10 de marzo de 2014, al haber sido adjudicados los puestos que venían ocupando a auxiliares administrativos funcionarios de carrera.

En el Dictamen 450/15, de 14 de octubre, el referido órgano consultivo adujo como única razón para el rechazo de las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes que lamentaban la convocatoria de las plazas más allá del plazo de 3 años contemplado en el artículo 70.1 del EBEP, que, si bien la convocatoria de la oposición se había efectuado transcurridos los tres años de plazo establecidos en la legislación básica de referencia, sin embargo no constaba que dicha resolución hubiera sido objeto de recurso por parte de los entonces reclamantes. Ello le permitía recordar que, conforme había indicado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2015 (RC 299/2014), la reclamación de responsabilidad patrimonial no debía ser utilizada para actuar contra actos administrativos que pudieron haber sido impugnados mediante el correspondiente recurso. Así, según la sentencia que era objeto de cita:

«Esta situación jurídica consolidada tampoco puede ser revisada mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, que tiene como presupuesto esa previa declaración de ilegalidad del acto administrativo causante y que no constituye ni puede sustituir los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico y tampoco abrir una nueva vía de revisión cuando se han agotados

aquellos, invocando, como se hace en este caso, vicios o motivos de ilegalidad del acto causante cuando no se trata de la impugnación del mismo sino exclusivamente de una reclamación de responsabilidad patrimonial».

Conviene destacar que, resuelta aquella reclamación por el Ayuntamiento de Madrid en el sentido indicado por el CCCM, y promovida la impugnación judicial de dicha resolución municipal, en sede jurisdiccional se produjo la validación de la tesis preconizada primero por el órgano consultivo y después, y siguiendo su criterio, por la corporación municipal. Así resulta de la lectura de la fundamentación jurídica de la Sentencia nº 473/2016, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid en el P.A. 20/2016:

“La continuación de la prestación de servicios por el interino está supeditada a que no se produzca la condición resolutoria de que exista funcionario en propiedad que pueda ocupar su puesto.

Los recurrentes conocían la condición en que fueron nombrados, así como las consecuencias de su nombramiento como interinos, y que como tales podían ser cesados. Y así cesaron tras incorporarse los funcionarios de carrera adjudicatarios de las plazas una vez superados los procesos selectivos, siendo por tanto una consecuencia que tenían el deber jurídico de soportar, por lo que no se aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial.

No puede desconocerse que los nombramientos como funcionarios interinos, y sus correspondientes ceses, son verdaderos actos administrativos y que los mismos ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día a través de los recursos previstos en vía administrativa o judicial. Tampoco recurrieron los recurrentes la convocatoria de la oposición efectuada para cubrir precisamente las plazas que ocupaban interinamente por haber transcurrido los tres

años de plazo establecidos para la ejecución de la Oferta de Empleo Público. Por lo que una vez adquirida firmeza los actos administrativo señalados - nombramiento, cese, convocatoria - no cabe su impugnación alegando vicios respecto al contenido de los mismos".

Y, abundando en la misma idea, añade:

"Los actos administrativos están investidos de una apariencia de legalidad que hace que sean válidos y produzcan efectos desde la fecha en que se dicten, y el juego de los mismos en nuestro derecho, consiste en que los administrados puedan a través de los recursos destruir tal presunción de legalidad, pero en el caso de no hacerlo el acto cobra firmeza y deviene inatacable, lo contrario sería atentar contra la seguridad jurídica, principio fundamental de todo ordenamiento, que alcanza rango constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución. Razones todas ellas que serían suficientes para desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

Resulta improcedente la acción de responsabilidad patrimonial para actuar contra actos administrativos que pudieran haber sido impugnados mediante los recursos legalmente previstos".

QUINTA.- A mayor abundamiento, 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 (Sala 3^a) 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 incidencia negativa que ha tenido sobre su empleabilidad el haber permanecido al servicio de la Administración más allá del plazo máximo fijado en el EBEP para la cobertura ordinaria de las plazas ocupadas por personal funcionario interino. Esta situación, según alega, habría contribuido a empeorar su precariedad laboral y a aumentar su inestabilidad en el empleo.

Dejando a un lado las relevantes consideraciones –que matizan lo afirmado por la reclamante- de que en el momento de incorporarse a la función pública no regía el EBEP (sino el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que no establecía un plazo determinado para la convocatoria de las plazas); de que existe doctrina judicial, que la propia reclamante cita, que negaba la nulidad de las convocatorias de plazas pasados los tres años que actualmente fija la normativa básica en materia de Función Pública, y de que, durante determinados años han existido restricciones legales a la convocatoria de plazas en el empleo público como medida para la contención del déficit de las Administraciones Públicas (así, el artículo 23.11 de la Ley 17/12, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013), se puede afirmar que, a la hora de determinar la concurrencia de un posible daño, sólo respondería a una visión parcial e incompleta de las cosas el considerar que la reclamante ha resultado sin más perjudicada por haberse mantenido durante quince años al servicio de la Administración Pública.

Es cierto que, a la hora de valorar el beneficio y el perjuicio experimentado por cada una de las partes de la relación jurídica funcionarial, debe quedar al margen lo relativo a la prestación en sí del trabajo, puesto que su compensación económica se ha producido

mediante el pago de las retribuciones correspondientes (*do ut des*). De esta forma, el perjuicio que haya podido suponer a la reclamante el haber prestado sus servicios profesionales en circunstancias que considera abusivas, ha sido compensado por la obtención de una retribución.

Por eso, el análisis del daño que le haya podido inferir a la reclamante el haber permanecido más tiempo de lo debido al servicio de la Administración, debe relacionarse con la existencia de consecuencias sobre su situación personal o económica situadas más allá de la estricta prestación de servicios profesionales.

En este punto, la reclamante no alega daños específicos, remitiéndose a la aplicación analógica de lo previsto para el caso de despido improcedente en la legislación laboral. Sí alega en algún pasaje de su escrito iniciador del procedimiento las dificultades que puede tener para su incorporación al mercado laboral. Sin embargo, no cabe olvidar que la vía que ha elegido la reclamante para pedir el resarcimiento es la de la responsabilidad patrimonial administrativa, y que en este instituto resulta fundamental el juego del principio de la carga de la prueba, que es imputada como regla general a quien pretende ser indemnizado (en dicho sentido, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se recoge en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9/3/2016, R.A. 658/2015).

Siendo esto así, se echa en falta la aportación por la reclamante de datos, estudios, informes o documentos de los que se pueda inferir el perjuicio que le haya sido ocasionado. No hay referencia a la situación del mercado laboral en su sector de actividad, a la mayor o menor facilidad para acceder a un empleo que hubiera tenido durante el tiempo de permanencia en la Administración, a la concreta incidencia negativa que pueda suponer para su empleabilidad la edad que tiene al reincorporarse al mercado de trabajo. Tampoco figura dato alguno relativo a las ofertas de trabajo que haya podido tener o rechazar, o a la efectiva dificultad que

haya podido experimentar para obtener empleo una vez que ha transcurrido un año desde que abandonó la función pública.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la permanencia en la Función Pública de la funcionaria interina que reclama no obedece solo a la voluntad de la Administración. Conforme a un elemental principio de libertad, la reclamante ha tenido la posibilidad de renunciar a su plaza en todos y cada uno de los días en los que se ha mantenido al servicio del Ayuntamiento de Madrid. En especial, hay que tener en cuenta que la permanencia de determinada persona en la Administración no es un factor que, mientras se produce, limite en principio sus posibilidades de encontrar empleo. Por el contrario, la incorporación a la función pública, siquiera sea en condición interinidad, reporta una serie de innegables ventajas.

La primera, obviamente, alude a la obtención de una experiencia profesional en una estructura que por sus dimensiones sólo puede ser equiparada a las empresas más grandes y competitivas. No cabe olvidar que la experiencia es precisamente uno de los aspectos más valorados a la hora de obtener un empleo. Por otra parte, la Administración pone a disposición del personal a su servicio planes formativos que enriquecen el conocimiento y el currículo de quienes toman parte en ellos.

Además, en el momento en que la reclamante accedió a la Función Pública, asumía la segura temporalidad de su nombramiento, prefiriendo no obstante incorporarse a la Administración, lo que debe ligarse con el principio de respeto a los actos propios, que en el caso implicaría la aceptación voluntaria del daño que alega. Si acaso, no pudo asumir en aquel momento lo dilatada que iba a resultar su permanencia en el puesto, pero, de un modo tácito, la aceptación de su continuación sin utilizar el derecho a desistir de aquél, supone que posteriormente ha

asumido también esa duración más dilatada de lo que en principio pudiera prever.

Este criterio de la inexistencia de daño a la reclamante fue también considerado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid en la ya citada Sentencia nº 473/2016, señalando:

“Los recurrentes venían prestando sus servicios en el Ayuntamiento de Madrid (...) sin que la inobservancia del plazo de tres años para la correspondiente convocatoria, que supone un mandato dirigido a la Administración para evitar la dilación excesiva de los procesos selectivos, pueda dar lugar a la nulidad de la misma, dándose además la circunstancia de que dicha dilación sólo puede beneficiar a quien de forma temporal ocupa como interino las plazas ocupadas, dilatando su cese en el tiempo respecto de las plazas que debían ser ocupadas finalmente por funcionarios de carrera, tras la superación de los correspondientes procesos de selección en los que en todo caso queden garantizados los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad así como de publicidad y libre concurrencia y que asimismo exige el artículo 62 del Estatuto Básico del Empleado Público, sin que se aprecie el daño económico que les ha podido producir precisamente la dilación de una convocatoria gracias a la cual han podido disfrutar más tiempo de la relación funcional de carácter interino, percibiendo por ello las correspondientes retribuciones y derechos en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera, y sin que se aprecie un menoscabo de las perspectivas profesionales, por cuanto los recurrentes, en igualdad con el resto de ciudadanos, pudieron presentarse a las pruebas convocadas para cubrir las plazas que precisamente ellos ocupaban”.

SEXTA.- Finalmente, esta Comisión Jurídica estima conveniente precisar que, incluso si se prescindiera de lo anterior (es decir, de la circunstancia de que mediante la reclamación se pretende atacar actos

firmes y que la reclamante no ha acreditado haber sufrido un perjuicio efectivo por la actuación de la Administración que pone en tela de juicio), la premisa de la que parte la reclamación, consistente en que por medio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se habría reconocido el derecho del personal funcionario interino a ser indemnizado al cesar en su puesto de trabajo, dista de ser una afirmación o pronunciamiento que hasta el momento haya sido hecha en sede jurisdiccional comunitaria, como tampoco en la estrictamente nacional española.

La reclamación cita principalmente en su favor dos pronunciamientos del TJUE, que son el Auto de 11 de diciembre de 2014, en el que se declaró que la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se opone a una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público, y la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, en la que se puso de manifiesto, en relación con una funcionaria interina del sector educativo gallego, que el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

Esos pronunciamientos no son más que unos pocos entre otros del tribunal comunitario que se han manifestado en contra de las prácticas discriminatorias en la contratación temporal en la función pública, en particular en la española, que se extiende incluso a más facetas que las indicadas en la reclamación (verbigracia, a la consideración del período de tiempo trabajado como interino en procesos selectivos en los que se valore la experiencia previa, según Sentencia de 8/9/2011, asunto C-177/10; o la reprobación de la permisión en la legislación aplicable al personal estatutario de los servicios de salud, de la renovación indiscriminada de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades

permanentes y estables, según las sentencias de 14/9/2016, asuntos C-16/15 y C-596/14). Incluso la reclamante podía haber invocado sentencias de los tribunales españoles que se han pronunciado en contra de la falta de aplicación al personal temporal de ciertas condiciones de trabajo de las que gozan los funcionarios de carrera. El caso de los trienios y de los sexenios en el ámbito de la función pública (en el segundo de los casos, con la sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre).

Ahora bien, incluso tomando en consideración la tan comentada Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, en la que la institución judicial comunitaria aclaró que la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada debe interpretarse como opuesta a una normativa nacional -como es el caso de la española- que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables, la reclamación, al pretender que se aplique a la reclamante la indemnización propia del despido improcedente que se aplica a las relaciones laborales en cuanto al período de tiempo trabajado con anterioridad al 12 de febrero de 2012 (en dicho sentido, la disposición transitoria 5^a de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), da un considerable salto en el vacío.

En efecto, la aplicación del criterio fijado en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 a los funcionarios interinos, requeriría la superación de diversos obstáculos, de forma que no podría hacerse extensivo a los mismos sin un examen detallado del asunto que, por las razones que ya hemos dicho, no procede realizar a esta Comisión Jurídica Asesora en el momento actual.

Queden expuestas en cualquier caso las dudas que plantea la tesis que subyace en la reclamación, puesto que, en primer lugar, a los

funcionarios de carrera no se les reconoce el derecho a indemnización en el momento del cese en el puesto de trabajo, lo cual permite dudar si en este caso existiría una discriminación en las condiciones de trabajo entre el personal fijo y el temporal. Esta idea ya ha sido apuntada *obiter dicta* por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 7 de octubre de 2016, R.A. 82/16, señalando

“... que actualmente los funcionarios o estatutarios temporales no tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, y a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que podría no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras, al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que se deja meramente apuntada, pues no era materia de debate en esta apelación”.

Además, el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada establece ciertas salvedades que permiten tener por no producido un trato discriminatorio al trabajador temporal en relación con el fijo, como es el caso de la existencia de razones objetivas que justifiquen el trato diferente (cláusula 4.1) o que la cualificación del funcionario de carrera -que ha superado un exigente proceso selectivo frente al interino que no lo ha conseguido- permita excluir que sus respectivas situaciones sean comparables entre sí (cláusula 3.2).

De hecho, en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa ya ha habido algún pronunciamiento que se manifiesta en contra de que el personal funcionario interino, en lo que se refiere al cobro de una posible indemnización, pueda entenderse discriminado frente al funcionario de

carrera en el momento de la extinción de su vínculo con la Administración de que se trate. Es el caso de la reciente Sentencia de 5 de mayo de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santiago de Compostela (P.A. 21/17), en el que se niega que la falta de indemnización al funcionario interino constituya una discriminación en sentido técnico-jurídico. Así, señala el magistrado al fundamento jurídico tercero, en sentencia cuya posible firmeza desconoce este órgano consultivo:

«Pero lo que ahora interesa no es la diferencia de trato entre el personal sujeto a una relación de duración determinada respecto de los fijos, sino la diferencia de trato entre el personal sujeto a una relación laboral y el sujeto a una relación estatutaria o funcionarial, por lo que tienen que traerse aquí dos resoluciones recientes de ese mismo tribunal.

Así, la primera de ellas es el ATJUE de 09.02.17, dictado en el asunto C-443/16, cuyos puntos 52 y 53 dejan claro que no resulta justificado con arreglo al Acuerdo marco de 1999 que pueda existir un trato diferenciado de los funcionarios interinos, respecto de los de carrera, por razón de las restricciones presupuestarias, ya que la necesidad de velar por una gestión rigurosa del personal no puede justificar una discriminación, como ya se indicó en las SsTJUE de 23.10.13, dictada en los asuntos C-4/02 y C-5/02 y de 22.04.10, dictada en el asunto C-486/08. Esa conclusión podría avalar la procedencia del abono de indemnizaciones a aquel colectivo al extinguirse su relación funcionarial, pero lo cierto es que la segunda de esas resoluciones, la STJUE de 14.09.16, dictada en el asunto C-16/15, que analizó la situación de una estatutaria (o funcionaria especial), es clara al declarar que si bien “el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado” (punto 64), sí que es posible una diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con

contratos de duración determinada, “que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionaria o laboral”, en cuyo caso “no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho acuerdo marco” (punto 66), como ya se indicó en los AaTJUE de 11.11.10, dictado en el asunto C-20/10, y de 07.03.13, dictado en el asunto C-178/12; y, por ello, concluye que la diferencia de trato solo se produciría en el caso de que los trabajadores sujetos a una relación de servicio por tiempo indefinido que realizan un trabajo comparable, perciban una indemnización por la extinción de su relación, mientras que la indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (punto 67), interpretación que le corresponde realizar al juzgador nacional.

Pues bien, en esa tarea de interpretación en la que ya no se tiene que examinar el caso a la luz de la existencia o no de las “razones objetivas” a las que se refiere la cláusula cuarta del Acuerdo marco de 1999, tiene que concluir este juzgador que está justificado que los trabajadores laborales deban tener diferente indemnización al cesar en sus trabajos, según el tipo de contrato, causa de cese y tiempo trabajado, pero también existen tales “razones objetivas” que justifican que el personal reciba un trato diferenciado en razón al diferente régimen jurídico que los disciplina, lo que sucede con quienes resultan asimilados a los funcionarios de carrera, que gozan de derechos singulares propios de su condición, entre los cuales no se encuentra el de ser indemnizados al surgir la causa legal de su cese, como tampoco tienen tal derecho los funcionarios de carrera que cesan por las causas tasadas, ello sin perjuicio de que, en razón a que como los primeros pierden su trabajo por causas a ellos no imputables y como cotizan por la prestación de desempleo, pueden percibir la prestación contributiva por tal causa, al igual que el personal sujeto a una relación laboral.

En definitiva, la pretensión alternativa tiene que ser igualmente rechazada, sin que este juzgador venga obligado a plantear la cuestión prejudicial propuesta en la demanda, al considerar que ya existen actos claros y aclarados».

Es cierto que hay otras sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que, siguiendo el criterio de la sentencia del TJUE “Castrejana López”, se han pronunciado a favor de los intereses de personal interino cuya contratación se había realizado en fraude de ley. Es el caso de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de febrero de 2017 y de 20 de abril de 2016 (RR. 320/16 y 528/15, respectivamente, la segunda en relación con personal estatutario eventual) o de las de su Sala homóloga del País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (RA 735/2013). Ahora bien, en tales casos, lo que se planteó es algo distinto a lo que pretende hoy la actual reclamante: la anulación de sus ceses y no el cobro de una indemnización a consecuencia del mismo y en todos ellos, si bien se ha anulado un cese concreto, se ha dejado a salvo la posibilidad de que en el futuro se produzca la sustitución del interino al cubrirse la plaza mediante funcionario de carrera.

Si, a lo dicho hasta ahora, sumamos el que, para apreciar una posible responsabilidad patrimonial de la Administración por infracción del Derecho Comunitario, sería necesario que éste hubiera sido objeto de una infracción suficientemente caracterizada, presupuesto sobre cuyos rigurosos contornos se ha extendido este órgano consultivo entre otros en el Dictamen 184/17, de 4 de mayo, se puede concluir la dificultad para que por nuestra parte se realice una declaración del tipo de la que pretende la reclamación.

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 por pretender atacar mediante un cauce inadecuado la conformidad a derecho de resoluciones administrativas firmes y, además, por no haberse acreditado por parte de la reclamante la concurrencia de un daño efectivo a su patrimonio.

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 22 de junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 259/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid