

Dictamen nº: **438/17**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía
del Gobierno**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.10.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 26 de octubre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial a la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios que atribuye a su exclusión de un proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de febrero de 2017, un abogado colegiado actuando en representación de la reclamante presentó en el registro de la Gerencia Regional del Catastro en Cataluña un escrito solicitando el inicio de expediente de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios producidos por su exclusión de un proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería.

En su escrito, la reclamante manifiesta que el 13 de julio de 2009 solicito participar en el proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D) convocado por Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior.

Afirma que, una vez que había superado materialmente las pruebas de dicho proceso selectivo, fue excluida del mismo por Resolución de 4 de marzo de 2016 de la Dirección General de Función Pública basándose en que a la reclamante le ha sido reconocido el estado de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual en tanto que las bases de la convocatoria exigían poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, debiendo los aspirantes reunir los requisitos a la finalización del plazo de solicitudes y mantenerlos a lo largo de todo el proceso selectivo.

La citada resolución fue notificada a la reclamante el 10 de marzo de 2016 siendo recurrida en alzada, recurso que fue desestimado por la Administración por Resolución de 2 de junio de 2016 del viceconsejero de Presidencia y Justicia.

Considera la reclamante que el citado proceso de consolidación incurrió en un manifiesto retraso desde su convocatoria en 2009 hasta la publicación del listado de aprobados (2014) sin que dos años después se hayan publicado las resoluciones definitivas.

Entiende que este retraso fue lo que provocó que, mientras tanto, se declarase su incapacidad permanente total en tanto que, si se hubiera tramitado en unos plazos razonables, la reclamante habría consolidado su puesto de trabajo, pudiendo ser destinada a ejercer funciones compatibles con su situación de incapacitación y la pensión ligada a la misma.

Considera que, si bien las diferentes leyes de presupuestos de la Comunidad de Madrid vienen excepcionando la aplicación del artículo 23.3 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública, se ha incumplido el principio de agilidad en los procesos de selección que recoge el artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).

Aun cuando la convocatoria no recoge plazo alguno considera de aplicación el de tres años recogido en el artículo 70.1 in fine del TREBEP. Igualmente cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de mayo de 2008 (recurso 161/2006) que reconoció a unos opositores el derecho a ser indemnizados por la diferencia entre su salario y el del puesto obtenido al retrasarse injustificadamente su nombramiento.

Por ello reclama una indemnización de 1.135,13 euros mensuales desde la fecha en la que la reclamante hubiera debido comenzar a prestar una segunda actividad compatible con su incapacidad hasta el comienzo efectivo del pago de la indemnización que se reclama.

Aporta poder general para pleitos y diversa documentación.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Por escrito del subdirector general de inspección de servicios y actuaciones jurídicas se notificó a la reclamante la recepción de su escrito, el plazo máximo para resolver y notificar, así como el sentido del silencio, todo ello conforme el artículo 42.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Igualmente se le notificaba que se había solicitado escrito del servicio cuyo funcionamiento había ocasionado el daño de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC por lo que se suspendía el plazo para resolver conforme el artículo 22.1.d) de dicha Ley.

Con esa misma fecha se solicita informe a la Subdirección General de Planificación de Efectivos y Selección que emite su informe el 22 de marzo de 2017.

Considera que las fechas a tener en cuenta para determinar si existió retraso son aquella en la que la reclamante adquirió el derecho a participar en el proceso selectivo, esto es, la publicación de la relación definitiva de aspirantes el 1 de marzo de 2012 y aquella en la que la reclamante dejó de cumplir los requisitos de la convocatoria, el 24 de septiembre de 2014 en el que el Instituto Nacional de Seguridad Social dicta la resolución de incapacidad.

Destaca que al proceso de consolidación concurrieron unos 9.600 aspirantes, superando la primera fase de oposición 5.950 que pasaron a la fase de concurso en la que tuvieron que baremar los méritos presentados.

A partir de ello considera que los plazos del proceso son explicables y reitera que la reclamante tenía la obligación de mantener los requisitos exigidos tal y como recogían las bases de la convocatoria sin que comunicase su pérdida cuando el INSS le notificó su resolución en 2014.

Por otra parte considera que la reclamante incurre en un error cuando afirma que se le ha privado del régimen de compatibilización del artículo 63.1 B. 2º b puesto que la situación de incapacidad de la reclamante es susceptible de revisión y así la resolución prevé la revisión a partir del 1 de julio de 2017.

Por último tampoco concurren los requisitos que permitirían la compatibilidad de la pensión por incapacidad y el percibo del salario ya que el artículo 198 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, condiciona esa compatibilidad a que las funciones no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad permanente total en tanto que al ser una incapacidad revisable habría existido una imposibilidad manifiesta de adscribir a la reclamante a puesto alguno.

El 16 de mayo de 2017 se concede trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito de alegaciones el 31 de mayo en el que se ratifica en su reclamación y manifiesta que ampliara esas alegaciones cuando se le dé traslado del informe del servicio.

Por comparecencia de 5 de junio de 2017 se da vista a la reclamante del expediente administrativo y se le entregan copias de una serie de documentos del mismo.

No consta la presentación de nuevas alegaciones.

Finalmente, con fecha 18 de septiembre de 2017, se formula propuesta de resolución en la que considera que la reclamante no sufrió lesión alguna en sus bienes y derechos sin que además exista relación causal con la actuación de la Administración.

Por escrito de 21 de septiembre de 2017 el director general de Función Pública con el visto bueno del viceconsejero de Presidencia y Justicia da traslado del expediente al secretario general técnico de la Consejería a fin de que recabe el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

TERCERO.- El consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz de Gobierno ha solicitado el dictamen por medio de escrito que ha tenido

entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 10 de octubre de 2017, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 26 de octubre de 2017.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, sin numerar ni foliar, se consideró, no obstante, suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, 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.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo de los artículos 67 de la LPAC y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al haber resultado supuestamente

perjudicada en cuanto resultó excluida de un proceso selectivo de personal en el que participa.

Actúa representada por un abogado colegiado aportando poder notarial al efecto.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto es la Administración que tramitó el procedimiento selectivo y que excluyó a la reclamante de dicho proceso.

Respecto a la tramitación del procedimiento se ha cumplimentado lo establecido en la LPAC, habiéndose solicitado informe del servicio al que se imputa la producción del daño conforme el artículo 81 de la LPAC y se ha concedido trámite de audiencia de acuerdo con el 82 de la citada Ley.

Debe hacerse referencia al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso que nos ocupa, el daño por el que se reclama se produjo como consecuencia de la exclusión de la reclamante del proceso selectivo y esa decisión adquirió firmeza con la desestimación con fecha 8 de junio de 2016 del recurso de alzada que interpuso la reclamante. Por ello la reclamación interpuesta el 17 de febrero de 2017 ha de entenderse en plazo.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y, en la actualidad, en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y

40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

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.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- La reclamación considera que se ha ocasionado un daño antijurídico puesto que la tardanza en la resolución definitiva del proceso de consolidación determinó que se declara su incapacidad permanente total antes de que concluyese determinando su expulsión del proceso selectivo y que no estuviese ocupando un plaza en el momento de la declaración de incapacidad lo cual, según afirma, motivo que no pudiese ser trasladada a un puesto de trabajo diferente en el

cual hubiera podido compatibilizar dicho puesto con la pensión de la Seguridad Social.

En primer lugar ha de partirse de la legalidad de la exclusión de la reclamante del proceso selectivo puesto que el recurso de alzada interpuesto fue desestimado expresamente y, al no recurrirse, resultó un acto firme y consentido.

Partiendo de la legalidad de esa actuación ha determinarse si, en efecto, concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En primer lugar como se ha indicado se precisa que el daño sea efectivo.

La lectura de la reclamación permite comprobar que la reclamante afirma que si el proceso selectivo no hubiera durado tanto ella habría superado el mismo (primera hipótesis), de tal forma que cuando se hubiese declarado su incapacidad habría podido ser transferida a otro puesto de trabajo (segunda hipótesis) y compatibilizar la pensión de jubilación con el sueldo que percibiría en el nuevo puesto de trabajo puesto que las funciones del mismo no coincidirían con las que dieron lugar a la incapacidad (tercera hipótesis).

Por tanto no se puede hablar en puridad de un verdadero daño efectivo puesto que la reclamante construye su reclamación sobre presupuestos meramente hipotéticos.

Como destaca la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2015 (recurso 135/2014):

“Así lo ha declarado esta misma Sala en otros supuestos similares al actual, como en la Sentencia de 6 de julio de 2.011, dictada en el

recurso 1370/09 , en la que se decía que "La pretendida lesión o daño concreto e individualizado antijurídico que se predica como fundamento de la reclamación, no es tal, por cuanto que el perjuicio cuya indemnización se pretende, se configura como meras expectativas, dado que la condición de funcionario de carrera se adquiere en virtud del cumplimiento sucesivo de la superación del proceso selectivo, nombramiento legítimo y la toma de posesión (artículo 36 de la Ley de Funcionarios Públicos), hasta que esta no acaece el demandante únicamente ostentaba una expectativa de nombramiento y acceso a la función pública en la categoría que pretende, sin que en momento anterior a esta toma de posesión ostente derecho subjetivo alguno susceptible de ser lesionado por la actuación administrativa".

Por tanto la reclamante no disponía de ningún derecho en el año 2014 cuando la resolución del INSS procedió a declarar la situación de incapacidad permanente total (desconociéndose el momento en el que de facto la reclamante dejó de tener capacidad para desempeñar las funciones del puesto de auxiliar de clínica), resolución del INSS que, por otra parte, la reclamante no comunicó a la Administración vulnerando el principio de buena fe que es también exigible a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2010 (recurso 3371/2006).

Además la segunda hipótesis de la reclamante falla por cuanto la aplicación del Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid requiere inexcusablemente que a la fecha de la declaración de incapacidad la reclamante ostentase la condición de personal laboral de la Comunidad, lo cual no acontecía en el presente caso.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias citada en la reclamación los presupuestos fácticos resultaban muy distintos puesto que en dicho proceso selectivo la normativa aplicable

expresamente establecía un plazo máximo de resolución de seis meses para resolver el proceso selectivo y tres meses para efectuar el nombramiento, en tanto que en ese caso el nombramiento se produjo transcurridos nueve meses.

Es más, la propia Sala admite la posibilidad de que las pruebas se demorasen al indicar que si el plazo de seis meses de las pruebas selectivas se hubiese alargado pero se compensase con una reducción del de tres meses del nombramiento, en ese supuesto “(...) *creemos que no se produce un perjuicio efectivo*”.

Por el contrario en la normativa aplicable a este proceso, ni en las bases específicas ni en la Orden de 8 de enero de 2008 de la Consejería de Presidencia y Justicia por la que se aprueban las bases generales que han de regir el proceso extraordinario de consolidación de empleo se recoge un plazo máximo para la resolución de estos procesos selectivos.

Tampoco el sobrepasar el plazo de tres años que recoge el artículo 70 del EBEP permite entender que el daño tenga la condición de antijurídico como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2010 (recurso 802/2008), según la cual han de tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada proceso selectivo, añadiendo que:

«A este fin procede traer a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 4 Abr. 2000 , en que en un supuesto similar, de exigibilidad de responsabilidad patrimonial por demora en la contratación definitiva de quienes aprobaron pruebas selectivas, establece, después de reconocer la “existencia de una importante demora, desde la práctica de las pruebas selectivas e incluso desde la remisión a las aprobadas de los ejemplares de los contratos indefinidos, hasta la formal suscripción de los mismos” “no

está acreditado que la Administración hubiera establecido un plazo determinado para el acceso a la concreta función”.

La pretendida lesión o daño concreto e individualizado antijurídico que se predica como fundamento de la reclamación, no es tal, por cuanto que el perjuicio cuya indemnización se pretende, se configura como meras expectativas, por cuanto, dado que la condición de funcionario de carrera se adquiere en virtud del cumplimiento sucesivo de la superación del proceso selectivo, nombramiento legítimo y la toma de posesión (artículo 36 de la Ley de Funcionarios Públicos), hasta que esta no acaece la demandante únicamente ostentaba una expectativa de nombramiento y acceso a la función pública en la categoría que pretende, sin que en momento anterior a esta toma de posesión ostente derecho subjetivo alguno susceptible de ser lesionado por la actuación administrativa».

Por ello entendemos que no existe un daño efectivo.

QUINTA.- La reclamación considera que el daño fue antijurídico toda vez que se vulneró el principio de agilidad en los procesos selectivos que recoge como principio rector el artículo 55 del EBEP. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de un mero principio rector, por tanto con un mero carácter informador y orientador, y que el concepto indeterminado “*agilidad*” ha de ponerse en relación con las circunstancias concurrentes en cada caso.

En este caso el proceso selectivo consistía en un concurso-oposición en el que se convocaban 1.043 plazas de Auxiliar de Enfermería y al que concurrieron 5.950 aspirantes.

Ha de destacarse que el presente proceso se dilató mucho en el tiempo si bien son obvias las dificultades organizativas de un proceso articulado en dos fases de oposición y de concurso con la

correspondiente valoración de los méritos aportados por los participantes.

Por ello, no puede decirse que la Administración vulnerase los “estándares normales” de actuación que permitiesen entender que el daño alegado por la reclamante merezca el calificativo de antijurídico.

Como destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de septiembre de 2017 (recurso 21/2015):

“Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En este caso no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006)”.

Ante las características peculiares de este proceso selectivo no puede decirse que la Administración haya rebasado los estándares de seguridad exigibles y por ello no puede calificarse el daño como antijurídico.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de un daño efectivo y 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 26 de octubre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 438/17

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno

C/ Pontejos nº 3 - 28012 Madrid