

Dictamen n.º: **114/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.04.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de abril de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por M.D.V.D., en adelante “*la reclamante*”, por los daños y perjuicios ocasionados, tanto por la imposibilidad de participar en concursos y promociones internas como por las retribuciones que ha dejado de obtener entre el 24 de julio de 2003 y el 19 de mayo de 2008, a raíz de la actuación incorrecta de la Administración en la valoración de un concurso y que así se ha declarado por sentencia firme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La reclamante formula reclamación por los daños y perjuicios ocasionados desde el 24 de julio de 2003 hasta el 19 de mayo de 2008, fecha en la que por Resolución de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos, se le adjudicó la plaza de Técnico Deportivo de primer nivel en la especialidad de judo, en ejecución de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 170/2007, de 6 de febrero, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la reclamante, condenando a la Administración a que se retrotraigan las

actuaciones a la fase de concurso y se le computasen 20 puntos en concepto de valoración de diversos méritos aportados en lugar de los 18,50 puntos que obtuvo en el concurso de méritos. Dicha actuación administrativa, a juicio de la reclamante, ha supuesto una demora de cinco años en la obtención de la plaza a la que aspiraba, perjudicándole a la hora de poder acceder a concursos de traslados, promoción interna profesional y procesos de ampliación de jornada parcial a jornada completa reservados para el personal laboral fijo, con el consiguiente aumento salarial.

Solicita por todo ello, una indemnización de 27.490,03 euros, cifra en la que calcula las diferencias retributivas entre lo percibido por ella desde el 30 de diciembre de 2003 hasta el 18 de mayo de 2008 y lo que le hubiera correspondido de haber desempeñado el puesto de trabajo a jornada completa. Subsidiariamente, solicita 23.259,19 euros, diferencia retributiva entre lo percibido y lo que le hubiera correspondido de haber resultado adjudicataria del proceso de promoción interna que terminó el 16 de diciembre de 2004 y del que resultaron 33 plazas vacantes.

La reclamación se presenta en el servicio de correos el 18 de mayo de 2009. Al citado escrito acompaña copia de la precitada sentencia y copia de la notificación de resolución de ejecución de sentencia del Director General de Gestión de Recursos Humanos de 13 de mayo de 2008, fechada el 19 de mayo de 2008.

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

El 10 de abril de 2007 se recibe en el Servicio de Coordinación y Apoyo perteneciente a la Subdirección General de Régimen Jurídico del Ayuntamiento la sentencia de 6 de febrero de 2007 dictada por al Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual fue declarada

firmé en virtud de Providencia dictada por dicho Tribunal el 26 de marzo de 2007.

La referida sentencia estima parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la reclamante contra la Resolución de la Junta Rectora del extinto Instituto Municipal de Deportes, de fecha 07 de octubre de 2003, desestimatoria del recurso interpuesto contra el Acuerdo de fecha 24 de julio de 2003 del Tribunal Calificador de la convocatoria del concurso-oposición de acceso libre para la provisión de la plaza de Técnico Deportivo de Primer Nivel en la especialidad de Judo, por el que se publicaba la relación de aspirantes que, superada la fase de oposición, y sumada la valoración de la fase de concurso, excluía a la reclamante de la lista de los aspirantes con plaza.

El fallo judicial anula dichas resoluciones, declarando el derecho de la recurrente a obtener en la fase de concurso la puntuación que en el propio fallo se cita para cada uno de los apartados, condenando a la Administración a la retroacción del proceso selectivo hasta el momento de atribución de la puntuación definitiva a los aspirantes, para asignar a la misma la puntuación total de 20 puntos en el concurso de méritos, con los efectos correspondientes que ello conlleve en el citado proceso selectivo. En el concurso le habían asignado a la reclamante 18,5 puntos.

A este respecto se significa que la resolución judicial, después de hacer una nueva valoración de los méritos acreditados por la actora, con arreglo a las puntuaciones contenidas en las Bases que rigieron la citada convocatoria, decía textualmente:

“El pronunciamiento de la Sala debe suponer la atribución de las puntuaciones indicadas en esta resolución, si bien habrá de ser el Tribunal Calificador el que partiendo de tales puntuaciones valore la incidencia que dicha asignación de nueva puntuación a la actora tenga en el proceso

selectivo, por lo que el recurso será estimado sólo parcialmente respecto de tales puntuaciones que han sido objeto de revisión, sin que haya lugar a emitir el resto de pronunciamientos que se solicita de la Sala, porque es el Tribunal el que debe resolver en última instancia la incidencia antes indicada sobre el total proceso compuesto no sólo de valoración de méritos o de fase de concurso sino también de fase de oposición”.

La circunstancia de la extinción del Instituto Municipal de Deportes en virtud de Acuerdo Plenario de 29 de octubre de 2004, con fecha de efectos de 31 de diciembre de 2004, hacía inviable la constitución de nuevo del Tribunal Calificador del proceso selectivo que dio lugar al procedimiento judicial, por lo que, al amparo de la competencia atribuida al Director General de Gestión de Recursos Humanos por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 18 de junio de 2007, para la ejecución de las sentencias firmes, se entendió que procedía, en trámite de ejecución de sentencia, adoptar las medidas oportunas que garantizaran la ejecución de la resolución judicial que nos ocupa.

En este orden de cosas, se solicitó informe a la Subdirección General de Provisión y Procedimientos Especiales Laborales, sobre el alcance del fallo judicial al atribuir a M.D.V.D. una puntuación de 20 puntos en la valoración de la fase de concurso del proceso selectivo. Con fecha 3 de julio de 2007 se emite dicho informe con arreglo al cual resultaría que la actora obtendría una puntuación total de 34,85 puntos (puntuación posteriormente rectificada por informe de fecha 8 de mayo de 2008 a 38,45 puntos), correspondiéndole la plaza de Técnico Deportivo de nivel 1 especialidad de Judo, jornada de 21 horas.

Pues bien, a la vista de las bases que rigieron el proceso selectivo se consideró que en ejecución de sentencia procedería, en primer lugar, declarar la atribución a la actora de la puntuación que disponía el fallo, en la fase de

valoración de méritos, puntuación que sumada a la obtenida en la primera fase determinaría la obtención de plaza en el mismo.

Posteriormente, y de conformidad con el contenido de las bases, se procedió a realizar las actuaciones oportunas al objeto de convocar a la interesada al reconocimiento médico en que consistía la tercera fase del proceso selectivo, contemplada en la base 8.3 de las que rigieron el Concurso-Oposición.

Por último, habiendo superado la reclamante el reconocimiento médico, mediante resolución del Director de Recursos Humanos de 13 de mayo de 2008 se declaró la obtención por la reclamante de plaza en el concurso oposición de acceso libre para la provisión de 22 plazas de la categoría profesional de Técnico Deportivo de Primer Nivel, en la Especialidad Deportiva de Judo, 21 horas de jornada laboral.

SEGUNDO.- Ante la reclamación se ha incoado el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante “*LRJ-PAC*”, por remisión expresa del artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en adelante “*LBRL*”, así como el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en adelante el “*Reglamento*”.

Se practica requerimiento, notificado el día 29 de junio de 2009, para que se complete la solicitud aportando; Declaración de no haber sido indemnizada, justificación de representación e indicación de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones, siendo atendido dicho requerimiento mediante escrito presentado en fecha 16 de julio de 2009.

El órgano de instrucción ha recabado informe de la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, el cual, mediante informe de fecha 18 de septiembre de 2009, declara que:

“(...) con fecha de 16 de julio de 2004 se firma el preacuerdo sobre régimen y condiciones de la integración en el Ayuntamiento de Madrid del Personal procedente del Instituto Municipal de Deportes (I.M.D.), que incluye en su apartado II la Oferta de Empleo Público para el ejercicio 2004.

Con fecha 1 de enero de 2005 se produjo la subrogación del Ayuntamiento de Madrid en los derechos y obligaciones del I.M.D., con motivo de su extinción, sin haberse ejecutado a dicha fecha la OEP citada.

Dentro de esa Oferta de Empleo se tiene que diferenciar entre:

A) Los cuatro procesos enumerados más adelante, derivados de la citada oferta 2004, que fueron convocados por el Director Gerente del Instituto Municipal de Deportes con fecha 16 de diciembre de 2004 con sujeción a las bases previamente aprobadas por autorización de la Junta Rectora de fecha 4 de noviembre del mismo año.

Por Decreto de 15 de febrero de 2005, la Concejala del Área Delegada de Personal adecuó los citados procesos de funcionamiento y organización del Ayuntamiento de Madrid para que prosiguieran su tramitación en cumplimiento de los acuerdos suscritos por la Corporación con la representación legal de los trabajadores del I.M.D. en fecha 16 de julio de 2004.

<i>DENOMINACIÓN CATEGORÍA</i>	<i>TOTAL PLAZAS CONVOCADAS</i>	<i>PROMOCIÓN INTERNA (Pi.)</i>	<i>CUBIERTAS DE Pi.</i>
<i>Titulado Superior (LEF) fijo jornada completa (P.I.) (1)</i>	<i>11</i>	<i>11</i>	<i>9</i>
<i>Titulado Superior (LEF) fijo tiempo parcial (P.I.) (2)</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	<i>1</i>
<i>Técnico Deportivo 1er Nivel a jornada completa (P.I.) (3)</i>	<i>55</i>	<i>55</i>	<i>22</i>
<i>Técnico Deportivo 1er Nivel a tiempo parcial (P.I.) (4)</i>	<i>25</i>	<i>25</i>	<i>1</i>

Los citados procesos fueron convocados bajo la denominación de:

(1) “Concurso de méritos de promoción interna y restringida para el personal con la categoría profesional de titulado superior (l.e.f) fijo a tiempo parcial para optar a jornada completa en su misma categoría contractual”.

(2) “Concurso de méritos de promoción interna y restringida para el personal con la categoría profesional de titulado superior (l.e.f) fijo para optar a jornada parcial (21 horas totales) en su misma categoría contractual”.

(3) “Concurso de méritos de promoción interna y restringida para el personal con la categoría profesional de técnico deportivo -primer nivel- fijo a tiempo parcial para optar a jornada completa en su misma categoría contractual”.

(4) “Concurso de méritos de promoción interna y restringida para el personal con la categoría profesional de técnico deportivo -primer nivel- fijo

para optar a jornada a tiempo parcial (21 horas totales) en su misma categoría contractual”.

B) Las bases y convocatorias de los procesos selectivos enumerados más adelante se realizaron por la Concejala del Área Delegada de Personal una vez se había producido la subrogación en el Ayuntamiento de Madrid del Instituto Municipal de Deportes.

<i>DENOMINACIÓN CATEGORÍA</i>	<i>TOTAL PLAZAS CONVOCADAS</i>	<i>PROMOCIÓN INTERNA (P.I.)</i>	<i>PLAZAS CUBIERTAS DE P.I.</i>
<i>Encargado (P.I.)</i>	<i>18</i>	<i>18</i>	<i>18</i>
<i>Titulado Medio (DUE)</i>	<i>32</i>	<i>2</i>	<i>1</i>
<i>Operario</i>	<i>184</i>	<i>10</i>	<i>3</i>
<i>Titulado Superior (Médico)</i>	<i>4</i>	<i>2</i>	<i>0</i>
<i>Técnico de Mantenimiento</i>	<i>48</i>	<i>21</i>	<i>21</i>

Los citados procesos fueron convocados bajo la denominación de:

“Bases específicas y programa por los que se regirá el concurso-oposición para proveer plazas de -la categoría que corresponda en cada caso- de instalaciones deportivas municipales”.

Los cinco procesos anteriormente reseñados eran para turno libre y disponían de reserva de promoción interna. Salvo el de Encargado que estaba destinado exclusivamente a la promoción interna.

La totalidad de los cinco procesos exigía como requisitos para poder participar por el turno de promoción interna:

1) Poseer la condición de personal laboral fijo integrado en la plantilla del Ayuntamiento de Madrid como consecuencia de la extinción del I.M.D.

2) *Estar en posesión o en condiciones de obtener el título exigido para cada categoría”.*

Se ha recabado igualmente, informe de la Subdirección General de Retribuciones que indica en su informe de 23 de septiembre de 2009 que:

“Se informa, de conformidad con el cuadro adjunto, de las cantidades abonadas a la actora por el período solicitado, así como de las cantidades percibidas por un Técnico Deportivo de Nivel 1 a jornada completa y contrato laboral indefinido.

Asimismo, se significa que, consultada la aplicación informática, la interesada durante el período solicitado estuvo contratada a tiempo parcial (21 horas) y que desde el 15 de marzo al 4 de julio de 2004 se encontró de baja por maternidad, por lo que no percibió retribuciones con cargo a esta Corporación.

	<i>SALARIO ABONADO A LA INTERESADA</i>	<i>SALARIO TÉCNICO DEPORTIVO NIVEL 1</i>
<i>24 julio-31 diciembre 2003</i>	<i>4.080,27 €</i>	<i>6.800,40 €</i>
<i>AÑO 2004 (Período abonado a la interesada del 01/01/2004 al 14/03/2004 y del 05/07/2004 al 31/12/2004)</i>	<i>6.583,64€</i>	<i>15.833,86€</i>
<i>AÑO 2005</i>	<i>9.831,92€</i>	<i>16.386,58€</i>
<i>AÑO 2006</i>	<i>10.096,24€</i>	<i>16.827,16€</i>
<i>AÑO 2007</i>	<i>10.298,26€</i>	<i>17.163,72€</i>
<i>AÑO 2008 (Período abonado a la interesada del 01/01/2008 al 19/05/2008, período de salario base técnico deportivo nivel 1 del 01/01/2008 al 18/05/2008)</i>	<i>3.959,53 €</i>	<i>6.820,13€</i>
<i>TOTAL</i>	<i>44.849,85€</i>	<i>79.831,85€</i>

Finalmente, se ha recabado informe de la Subdirección General de Provisión de Puestos de 8 de octubre de 2009, que señala que:

“M.D.V.D. fue declarada personal laboral fijo, en cumplimiento de la Sentencia nº 170, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Resolución del Director General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 13 de junio de 2008, una vez que por el Tribunal, constituido al efecto, fue declarada apta para pasar a la fase tercera del proceso que consistía en un reconocimiento médico obligatorio y previo a la adjudicación definitiva de la plaza.

La trabajadora prestó servicios con contrato de duración determinada interino, desde el 2 de septiembre de 2002, en un puesto de Técnico Deportivo Nivel 1, jornada parcial de 60%, especialidad de Judo, idéntico al puesto al que optaba en el Proceso Selectivo, convocado el 5 de diciembre de 2002, percibiendo las retribuciones correspondientes al puesto desempeñado.

La lista definitiva del proceso selectivo fue publicada el 19 de noviembre de 2003 y la formalización del contrato por el aspirante que obtuvo la plaza convocada idéntica a la que ocupaba el reclamante, se realizó el 30 de diciembre de 2003, por tanto, la fecha en la que se le hubiera adjudicado plaza en la convocatoria a la que se presentó, no es la de 24 de julio de 2003, que figura en la reclamación y que es la fecha de la lista provisional de adjudicación de plazas sino el 30 de diciembre de 2003.

Desde la formalización de los contratos en diciembre de 2003, se han realizado los siguientes procesos de promoción interna de la categoría profesional de la reclamante:

1.- Concurso de Méritos de promoción interna y restringida para el personal laboral con la categoría profesional de Técnico Deportivo de Nivel

1, fijo a tiempo parcial para optar a jornada completa, publicado el 14 de junio de 2004, en la que se ofertaban 40 plazas de las especialidades Natación/ Musculación, Tenis/ Pádel, Natación/ Tenis, Natación/ Judo y Natación/ Aeróbic. Se adjudicaron todas las plazas.

2.- Concurso de promoción interna para proveer plazas de Técnico Deportivo Nivel 1 a jornada completa entre personal laboral fijo de la misma categoría, publicado el 16 de diciembre de 2004 y resuelto por Decreto de la Concejala Delegada de Personal con fecha 30 de junio de 2006, en el que se ofertaban 55 plazas de Natación/ Musculación, Natación/ Aeróbic y Tenis/ Pádel. Se adjudicaron 22 plazas.

3.- Concurso de traslados de Técnico Deportivo Nivel 1 en Instalaciones Deportivas para personal fijo en su misma categoría y jornada, convocado el 5 de marzo de 2007, en el que se ofertaron 60 plazas de distintas especialidades ocupadas por personal laboral interino, en las que se requería como requisito para participar, la misma categoría, jornada y estar en posesión de la titulación de la especialidad convocada. Se adjudicaron 2 plazas de jornada parcial de 60% mediante Resolución del Coordinador General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 4 de octubre de 2007. Mediante este proceso la reclamante no hubiera obtener (sic) un puesto con mayor jornada y retribuciones, por lo que el hecho de no haber participado no le ha supuesto ningún perjuicio retributivo”.

Se ha dado trámite de audiencia y vista del expediente a la reclamante, cuya recepción consta de fecha 2 de diciembre de 2009.

En uso de dicho trámite, la reclamante presenta, en fecha 21 de diciembre de 2009, escrito de alegaciones por el que se ratifica en todas las manifestaciones vertidas en su escrito inicial y efectúa una valoración económica de la remuneración no percibida por la reclamante que entiende que le debe ser abonada como indemnización en concepto de responsabilidad

patrimonial y que asciende a 27.490,03 €. Con carácter subsidiario, para el caso de que dicha pretensión no prosperase, efectúa una valoración calculando las cantidades desde la fecha en la que la interesada hubiera accedido a la ampliación de su jornada a tiempo completo hasta el 19 de mayo de 2008, lo que reclama un total de 23.259,19€.

Indica también en su escrito de alegaciones que *“(...) como consecuencia de la actuación administrativa la actora no ha podido acceder a la ampliación de su contrato de forma directa, no ha podido optar a concursos de promoción interna, ni a concursos de traslados que le hubieran convenido, ni disfrutar de otras ventajas por su condición de contratada indefinida, además de los daños morales causados por la incertidumbre que para la actora ha supuesto el ser considerada eventual cuando debía haber resultado fija ad inicio de haber actuado correctamente la Corporación”*.

Finalmente, el órgano de instrucción dictó propuesta de resolución desestimatoria, el 4 de marzo de 2010, por no concurrir el requisito de la antijuricidad.

TERCERO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el Vicealcalde de Madrid, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 18 de marzo de 2010, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 28 de abril de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser de cuantía superior a 15.000 euros el importe de la reclamación (27.490,03 euros), y se efectúa por el Vicealcalde de Madrid, por delegación efectuada por el Alcalde, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

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

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

El Ayuntamiento de Madrid tiene legitimación pasiva por cuanto se ha subrogado, desde el 1 de enero de 2005, en todos los derechos y obligaciones derivadas del Instituto Municipal del Deporte, del que dimanaba el acto administrativo cuya anulación por sentencia sustenta la pretensión de la reclamante.

Por lo que al plazo se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 LRJ-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (Caso Miragall Escolano y otros) debe computarse desde que los interesados pudieron conocer efectivamente las decisiones judiciales. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de febrero de 2007 fue notificada a la reclamante el 6 de marzo siguiente, y si bien la reclamación de responsabilidad patrimonial es de fecha 18 de mayo de 2009, en aplicación de la doctrina de la *actio nata* consagrada en el artículo 1.969 del Código Civil, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año debe computarse desde que se tuvo conocimiento de los efectos de la referida sentencia, en cuanto la misma no reconocía el derecho al nombramiento sino a que el tribunal calificador valorase la incidencia que la nueva puntuación pudiera tener en el proceso selectivo. Dicho fecha viene determinada por la Resolución del Director General de Gestión de Recursos Humanos de 13 de mayo de 2008, notificada el 19 de mayo, por la que se le adjudicó la plaza, con carácter fijo, de técnico deportivo 1º nivel, en la especialidad de judo. Por tanto, la reclamación se entiende efectuada en plazo.

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

10 y 11 del Reglamento, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

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

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

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

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

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

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

de junio de 2002, Recurso nº 4819/1996 y de 13 de junio de 2007 recurso nº 9070/2003).

Para dilucidar si el daño producido por una actuación administrativa inválida debe o no ser calificado de lesión antijurídica, la jurisprudencia (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 y 10 de marzo de 1998) distingue entre:

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

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

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

En tanto que, en el supuesto en el que el acto invalidado dimana del ejercicio de potestades discrecionales o de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en los que la Administración goza de un margen de apreciación, en estos casos la persona afectada debe soportar el perjuicio siempre que la actuación administrativa (aunque de forma inválida) se haya mantenido dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los

aspectos reglados que pudieran concurrir; y sólo cuando ello no ocurre aparecería el carácter antijurídico del daño.

Por ello, es preciso que la reclamante acredite los elementos de dicha responsabilidad, es decir, no solo la relación de causalidad existente entre la actuación de la Administración y el daño, sino también el propio daño que se alega por el mismo, daño que además ha de ser evaluable económicamente a los efectos de su determinación.

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

La parte reclamante solicita el abono del lucro cesante consistente en las diferencias retributivas entre el puesto desempeñado por la misma y las que correspondan a su puesto de trabajo pero a tiempo completo, al que no ha podido acceder por la incorrecta actuación de la Administración, así como a la indemnización del daño moral.

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

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

pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].

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

c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

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

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

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de febrero de 2007 estima parcialmente el recurso de la reclamante, considera el Tribunal que la Administración ha vulnerado las bases de la convocatoria en la valoración de los méritos de la reclamante en la fase del concurso, sin haber dado justificación alguna de por qué no ha tenido en cuenta todos los cursos que acreditaba como méritos. Argumenta que la valoración de méritos es una potestad reglada susceptible de control por el Tribunal y concluye que el *“pronunciamiento de la Sala debe suponer la atribución de las puntuaciones indicadas en esta resolución si bien habrá de ser el Tribunal Calificador el que partiendo de tales puntuaciones valore la incidencia que dicha asignación de nueva puntuación a la actora tenga en el proceso selectivo, por lo que el recurso será estimado sólo parcialmente respecto de tales puntuaciones que han sido objeto de revisión”*. Por ello, de la sentencia no se deriva la atribución a la reclamante del derecho a ocupar una plaza determinada sino una nueva valoración de los méritos que ha generado que la Administración le haya concedido la plaza a la que optaba, si bien los términos de la sentencia llevan a la conclusión de que hubo antijuridicidad en la actuación de la Administración.

No se debe obviar que la reclamante prestaba servicios con contrato de duración determinada interina, desde el 2 de septiembre de 2002, en un puesto de Técnico Deportivo Nivel 1, jornada parcial de 60%, especialidad de Judo, idéntico al puesto al que optaba en el proceso selectivo, convocado el 5 de diciembre de 2002, percibiendo las retribuciones correspondientes al puesto desempeñado. La formalización del contrato del aspirante que obtuvo plaza se produjo el 30 de diciembre de 2003.

Desde la formalización de los contratos en diciembre de 2003, se han realizado los siguientes procesos de promoción interna de la categoría profesional de la reclamante:

1.- Concurso de Méritos de promoción interna y restringida para el personal laboral con la categoría profesional de Técnico Deportivo de Nivel 1, fijo a tiempo parcial para optar a jornada completa, publicado el 14 de junio de 2004, en la que se ofertaban 40 plazas de las especialidades Natación/ Musculación, Tenis/ Pádel, Natación/ Tenis, Natación/ Judo y Natación/ Aeróbic. Se adjudicaron todas las plazas.

2.- Concurso de promoción interna para proveer plazas de Técnico Deportivo Nivel 1 a jornada completa entre personal laboral fijo de la misma categoría, publicado el 16 de diciembre de 2004 y resuelto por Decreto de la Concejala Delegada de Personal con fecha 30 de junio de 2006, en el que se ofertaban 55 plazas de Natación/ Musculación, Natación/ Aeróbic y Tenis/ Pádel. Se adjudicaron 22 plazas.

3.- Concurso de traslados de Técnico Deportivo Nivel 1 en Instalaciones Deportivas para personal fijo en su misma categoría y jornada, convocado el 5 de marzo de 2007, en el que se ofertaron 60 plazas de distintas especialidades ocupadas por personal laboral interino, en las que se requería como requisito para participar, la misma categoría, jornada y estar en posesión de la titulación de la especialidad convocada. Se adjudicaron 2 plazas de jornada parcial de 60% mediante Resolución del Coordinador General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 4 de octubre de 2007. Mediante este proceso la reclamante no hubiera obtener (*sic*) un puesto con mayor jornada y retribuciones, por lo que el hecho de no haber participado no le ha supuesto ningún perjuicio retributivo.

Por tanto, el único perjuicio que se le ha ocasionado es la imposibilidad de participar en los dos procesos selectivos que se convocaron durante el año 2004, ya que las retribuciones entre el puesto desempeñado y el puesto al que optaba eran similares. Sin embargo, no se admite la pretensión de que se indemnice las mayores retribuciones que hubiera obtenido de haber

participado y obtenido plaza en los procesos de promoción interna, por cuanto en tanto son procesos de concurrencia se desconoce si hubiera resultado adjudicataria, por lo que son meras expectativas o futuribles que de acuerdo con la jurisprudencia citada no son susceptibles de indemnización.

En relación al daño moral que reclama, es cierto que la reclamante ha visto como la adquisición de la condición laboral de fijeza se ha demorado por la actuación incorrecta de la Administración, sin que tuviera el deber de soportar dicha actuación incorrecta pues la misma se basó en una vulneración de las bases de la convocatoria. La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJ-PAC atienden al principio de la reparación «integral». De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SSTS 23 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1451] y 10 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1786]).

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia (SSTS; 15 de abril de 1988 [RJ 1988, 3072] o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8992]) ha optado por efectuar una valoración global que derive de una «apreciación racional aunque no matemática» pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8945), se «carece de parámetros o módulos objetivos», debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la sentencia del Tribunal Supremo 23 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1451), «las dificultades que comporta la conversión de

circunstancias complejas y subjetivas» en una suma dineraria. También la sentencia de fecha 19 de julio de 1997 (RJ 1997, 6732) habla de la existencia de un innegable «componente subjetivo en la determinación de los daños morales». Por ello, entendemos que debe reconocerse una indemnización de 3.000 euros, por el daño moral producido por la situación de incertidumbre, desasosiego y zozobra que se generó a la reclamante durante el periodo de casi cinco años a consecuencia del error padecido por la Administración en la valoración de sus méritos en la resolución del concurso, y por la pérdida de oportunidad al haberse visto privada de la posibilidad de participar en los concursos de traslado y de méritos.

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

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser estimada parcialmente y procede reconocer una indemnización en los términos previstos en la consideración de derecho cuarta.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 28 de abril de 2010