CONSEJO CONSULTIVO
COMUNIDAD DE MADRID

Dictamen nº **116/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.04.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 3 de abril de 2013, emitido ante la consulta formulada por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa otorgada mediante decreto de 17 de enero de 2013), al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.T.S.G. (en adelante, "*la reclamante*"), sobre los perjuicios económicos derivados de la no adjudicación de una plaza de un concurso de méritos, anulada posteriormente en vía judicial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de enero de 2011 se presentó en la oficina de registro de la Agencia Tributaria Madrid, reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la reclamante, funcionaria de carrera del Cuerpo de Arquitectos Técnicos de la Hacienda Pública de la Administración del Estado, en que solicitaba ser indemnizada por la no adjudicación a su persona del puesto denominado Técnico de Catastro, nivel 26, en el concurso de méritos convocado mediante Resolución de 28 de agosto de 2007, de la gerente de la Agencia Tributaria Madrid.

Dicha plaza estaba abierta a arquitectos técnicos que ostentasen la condición de funcionarios de carrera en el Ayuntamiento de Madrid o en

cualquier otra Administración. La reclamante -según advertía- participó en todas las fases del concurso hasta la entrevista final; no obstante, no le era posible acceder a la lista de aspirantes excluidos y admitidos, ya que únicamente era objeto de publicación restringida en la intranet del Ayuntamiento de Madrid, a la que solo tenían acceso sus propios funcionarios.

El escrito llamaba la atención sobre la circunstancia de haberse procedido a la adjudicación provisional de la plaza a B.L.M. (en adelante, *"la aspirante elegida inicialmente"*), según pudo conocer en virtud de correo electrónico recibido el 4 de de diciembre de 2007. La reclamante, al día siguiente, solicitó la exclusión del concurso, y por tanto la no adjudicación de la plaza en juego, a la aspirante elegida inicialmente, al considerar que no cumplía los requisitos exigidos en el apartado 3 de la base segunda de la convocatoria.

Mediante oficio de la jefa de Servicio de Coordinación Administrativa y Recursos Humanos de la Agencia Tributaria de Madrid, de 10 de diciembre de 2007, se desestimó la anterior petición con el argumento de *"no existir resolución provisional alguna"*.

Ya con fecha aaa, se publicó en el Boletín del Ayuntamiento de Madrid (BOAM) la Resolución de la gerente de la Agencia Tributaria de Madrid de 4 de diciembre de 2007, por la que se adjudicaba la plaza a la aspirante elegida inicialmente. Acto administrativo frente al que la reclamante formuló reposición con fecha 11 de enero de 2008, alegando indefensión por falta de publicación de la lista de admitidos y excluidos y la vulneración de las bases de la convocatoria al conceder el puesto a una candidata que no reunía los requisitos necesarios para su participación en el proceso selectivo.

Desestimado el recurso mediante Resolución de 18 de febrero de 2008, la interesada lo impugnó, dando lugar al procedimiento abreviado 526/2008, resuelto en virtud de Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid de 20 de enero de 2010. La resolución judicial estimó parcialmente el recurso contencioso, anulando el acto impugnado al haber incurrido la Administración, al dictarlo, en arbitrariedad y desviación de poder, y ordenó la retroacción de las actuaciones a efectos de que la Comisión de Valoración, previa exclusión de la aspirante elegida inicialmente, propusiera la adjudicación de la plaza a la reclamante. En fecha 28 de enero de 2010 se puso en conocimiento de las partes la necesidad de llevarla a puro y debido efecto, al no ser susceptible de recurso.

Recalca la reclamante que, en la sentencia, al fundamento de derecho cuarto, se desestimaba la pretensión de abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir por la reclamante desde la resolución del concurso de méritos hasta la fecha de la sentencia, dejando a expensas de la parte la formulación, en su caso, de la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consideraba que, con la actuación comentada, se le había irrogado un daño antijurídico consistente en la falta de percepción de las correspondientes retribuciones, más altas que las de su puesto de origen en la Gerencia Regional de Madrid en particular en sus complementos específico y de destino, desde la fecha de resolución del concurso de méritos anulada hasta la toma de posesión de la plaza por la reclamante. Solicita por ello ser indemnizada por importe de 60.842,78 euros por las cantidades dejadas de percibir, así como en 15.000 euros adicionales en concepto de daños morales, según una *"aplicación proporcional a la situación padecida por la reclamante durante más de dos años y medio"* de los criterios comúnmente aplicados en materia de mobbing, así en la

jurisdicción social como en la contencioso-administrativa. El importe total reclamado venía así a ascender a los 75.842,78 euros.

Adjuntaba a su reclamación el documento de formalización de la toma de posesión en la plaza sacada a concurso y la copia de la nómina de julio de 2010.

SEGUNDO.- Recibida la reclamación, por acuerdo de la jefa del Departamento de Régimen Jurídico y Documentación de la Agencia Tributaria de Madrid de 27 de junio de 2011, se requirió a la reclamante a fin de que aportara, entre otros aspectos, la descripción de los daños morales sufridos con aportación de algún documento justificativo, las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 a julio de 2010 y la copia de las sentencias citadas en su reclamación. Dicho requerimiento fue parcialmente cumplimentado por la interesada el 6 de julio de 2011.

Mediante nuevo acuerdo de la jefa del Servicio de Coordinación Administrativa y Recursos Humanos de 18 de junio de 2012, se practicó nuevo requerimiento a la reclamante a fin de que aportara la nómina correspondiente al mes de julio de 2010, los impresos denominados *"Resolución de Licencia o Permiso"* correspondientes al año 2008, los impresos denominados *"Resolución de Prestación de Subsidio por Incapacidad Temporal"* correspondientes al año 2010, los certificados de abonos a efectos de la declaración del IRPF de los años 2007 a 2010, y las sentencias a que se aludía en su escrito de reclamación. La interesada, el 2 de julio de 2012, aportó los documentos solicitados.

Mediante informe de 27 de julio de 2012, el jefe del Servicio de Programación y Análisis Económico informó lo siguiente en cuanto a las diferencias económicas solicitadas por la reclamante:

"(...) *entre las retribuciones percibidas en su puesto de origen y las obtenidas en el que ocupa actualmente durante el período comprendido entre el 18 de diciembre de 2007 y el 8 de julio de 2010, se informa de que se han tenido en cuenta las siguientes cuestiones: .*

- No se han tenido en cuenta los importes que retribuyen la antigüedad por ser iguales en ambos puestos de trabajo.

- En los importes de nómina de diciembre de 2007 no se incluye la paga extra correspondiente al período de 1 de junio 30 de noviembre, ya que en relación con la Agencia Tributaria Madrid no le correspondería importe alguno por ese concepto. Por otra parte, se incluye el importe proporcional que correspondería a 14 días (de 18 a 31 de diciembre de 2007).

- Se han comparado los importes correspondientes a los 8 días de julio de 2010, que hubiera percibido en la Agencia Tributaria Madrid, y los percibidos en su puesto de origen ya que la incorporación de la demandante a este Organismo Autónomo se produjo el día 9 de julio de 2010.

La cantidad resultante de la hipótesis planteada por la reclamante ascendería a 59.744,48 €, si bien, debe ponerse de manifiesto que los cálculos realizados no implican, en ningún caso, el reconocimiento de las pretensiones formuladas, ni posicionamiento alguno respecto a la procedencia de su abono".

De igual forma, se ha recabado informe de la jefa del Departamento de Gestión de Recursos Humanos de la Agencia Tributaria Madrid, que, mediante informe de 31 de julio de 2012, entre otros aspectos manifiesta:

«*1. La demandante manifestó su disconformidad con la admisión en el concurso de la funcionaria que finalmente fue declarada*

adjudicataria al entender que no cumplía el requisito de llevar dos años en el último puesto obtenido de forma definitiva.

En este sentido, las bases del concurso establecían lo siguiente:

"Los funcionarios en activo con destino definitivo solo podrán participar en los concursos siempre que hayan transcurrido dos años desde la toma de posesión del último destino obtenido por concurso y hasta el día en que finalice el plazo de presentación de instancias, excepto en el ámbito de su Área, Distrito u Organismo público, o salvo que hubiesen sido nombrados posteriormente para ocupar un puesto de libre designación o se suprima su puesto".

De conformidad con lo anterior la Comisión consideró que para participar habían de darse dos requisitos: último destino obtenido por concurso y que hubieran transcurrido, al menos, dos años desde que se ocupaba el citado puesto.

La funcionaria que resultó adjudicataria ocupaba en ese momento un puesto obtenido por concurso, y, lo llevaba desempeñando más de dos años. La Comisión entendió que la exigencia temporal de dos años debía contener, al no haber interrupción, el período desempeñado en comisión de servicios en el mismo puesto, considerando, por tanto, que la aspirante cumplía el requisito.

Este criterio fue, además, compartido por la Administración de origen, el Ministerio de Economía y Hacienda, que expidió el cese de la funcionaria por adjudicación de un nuevo destino por concurso, sin realizar ninguna alegación al respecto, entendiendo que el referido cese era conforme a derecho.

2. Por otra parte, el procedimiento seguido en la tramitación del concurso cumplió con todos los requisitos de publicidad establecidos en

la normativa vigente. En este sentido procede señalar que la ahora reclamante pudo manifestar su disconformidad con el resultado del mismo presentando recurso de reposición (que le fue desestimado motivadamente) y posteriormente acudiendo a la vía judicial contencioso administrativa, lo que finalmente ocurrió, obteniendo una estimación parcial a su demanda, por lo que se considera que, en ningún momento, se ha producido indefensión.

3. Toda vez que el criterio judicial fue disconforme por el adoptado por la Comisión de Valoración en su día, ésta procedió a ejecutar la sentencia a la mayor brevedad posible, modificando el parecer seguido hasta la fecha según lo establecido en el fallo de la sentencia.

4. Por otra parte, la propia sentencia desestimó expresamente en su fallo la solicitud de efectos económicos alegada por la solicitante, disponiendo expresamente que "no puede, sin embargo, ir acompañado del reconocimiento del derecho al abono de las diferencias retributivas que se reclaman". Señala asimismo la sentencia "que se pretende el abono de "diferencias retributivas", lo que es un concepto claramente salarial, que no puede ser estimado tanto en cuanto el abono de salarios está vinculado a la prestación o desempeño de forma efectiva de un puesto de trabajo, lo que no se ha producido en el caso de la actora". Determinación ésta de la sentencia que no fue recurrida por la actora.

Tal y como establece el art. 22.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP: "las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario", es decir, el complemento de destino, el complemento específico y productividad son conceptos claramente salariales que están vinculados a la prestación o desempeño de un puesto de trabajo. Algunos de ellos

como la productividad, en el ámbito de esta Administración, ni siquiera se perciben de forma automática con el desempeño del puesto, sino que están sujetos a un procedimiento de solicitud previa por el interesado y posterior concesión por el Organismo, y que ni siquiera en la actualidad viene percibiendo la actora, ni otros muchos empleados de la Agencia Tributaria Madrid.

5. En este punto se considera preciso hacer referencia a la jurisprudencia existente en materia de solicitud de responsabilidad patrimonial cuando se producen situaciones como la aquí descrita, y esto es, cuando acaecen resoluciones judiciales, que al no ser conformes con el criterio adoptado por una Comisión de Valoración ordenan su convocatoria para que, según los criterios ordenados por el juez, realice un nuevo nombramiento.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid establece en su sentencia 78/2010 de 15 de abril de 2010 lo siguiente:

"El apelante deriva la reclamación de responsabilidad patrimonial que articula en base a que de haberse aplicado correctamente por la inicial Comisión de Valoración las bases del concurso y la valoración correcta de los méritos hubiera sido nombrado Jefe de Equipo en fecha 3 de abril de 2003. Pero no puede olvidarse que la Comisión de Valoración como Tribunal calificador que es, goza de discrecionalidad técnica dada l presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas. La tardanza que denuncia el recurrente no deriva en su sentido propio de una demora de la Administración en resolver sino del cumplimiento de la sentencia estimatoria de su recurso contencioso administrativo antes citada, cumplimiento que no consta que haya sido demorado por la Administración".

Continua la sentencia estableciendo que: "si bien no debe negarse a los participantes en un concurso la titularidad de cualesquiera derechos que puedan resultar lesionados por la tardanza en resolver, tampoco puede negarse que de acuerdo con la doctrina expuesta los participantes en un concurso no tienen sino una expectativa de obtener el cargo o puesto a que aspiran. Y en el caso que analizamos tampoco puede olvidarse que la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por el actor se produjo con ocasión de la Resolución de 20 de octubre de 2006 condicionada a la ejecución de la sentencia recaída en el recurso contencioso administrativo".

La misma sentencia, en otro apartado, refiere expresamente que: "la lesión efectiva en los bienes o derechos a que se refiere el artículo 139 (Ley 30/92) no puede referirse a derechos todavía no adquiridos, como el salario u otros equivalentes que requieran la plena constitución de la relación de servicio en el nuevo puesto. En este punto procede traer a colación la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Superior de 4 de abril del año 2000".

Existen, además, numerosos pronunciamientos judiciales en ese sentido, tales como el de la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2001 y el del Tribunal Superior de Justicia, Sección Sexta, en fecha 7 de noviembre de 1998, el cual establece literalmente que: "Un concursante no tiene, por el hecho de serlo, derecho a una plaza, solo tiene una expectativa de derecho y no basta con un retraso en la decisión del concurso para que pueda invocar un daño resarcible".

6. A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2006 analiza la actuación de les Tribunales que valoran los concursos y oposiciones, e indica que en estos casos, se está reconociendo un cierto margen de apreciación a la Administración,

que conlleva el deber del ciudadano de soportar las consecuencias de esa valoración "(…) porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista cierto margen de apreciación, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración, lo, contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones".

En virtud, de lo anteriormente expuesto, y ante la reclamación de responsabilidad patrimonial que, presenta [la reclamante], debe ponerse de manifiesto que la actuación de la Comisión de Valoración del concurso bbb derivó del establecimiento de un criterio adoptado al interpretar las bases de la convocatoria y en virtud de la discrecionalidad técnica que le es propia al órgano calificador, y que fue refrendado por la Administración de origen de la concursante que obtuvo la plaza y que emitió el cese al efecto. Que la actora, al no estar de acuerdo con la misma, interpuso recuro potestativo de reposición en el plazo establecido e impugnó posteriormente la resolución desestimatoria de este ante los tribunales, no sufriendo indefensión en ningún memento. Que una vez emitido el fallo judicial, fue llevado a puro y debido efecto por esta Administración y por la Comisión con diligencia.

7. En cuanto a los daños morales que alega haber sufrido, no aporta justificación alguna ni de la forma en que se ha estimado su valoración ni de las circunstancias en que se han producido, remitiéndose únicamente a las bajas causadas desde su incorporación

a este organismo que refiere son debidas a migrañas ocasionadas por el daño mental sufrido.

En relación con dicha manifestación, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de le Contencioso-Administrativo Sección 6ª), de 26 de diciembre de 2007, señala sobre estos daños que "son aquellos que son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o salud física o psíquica de la persona: en suma, aquéllos que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, habiendo tenido refrendo jurisprudencial la posibilidad de indemnizarlos, como quedó más arriba de manifiesto. No obstante la jurisprudencia del Tribunal Supremo recomienda cautela al respecto y, en todo caso, exige también que dichos daños están indubitadamente acreditados para que nazca y sea exigible la obligación de indemnizar".

Rige pues, el principio general inferido del art. 217 y siguientes de la 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil sobre la carga de la prueba, con el que no cumple la reclamante, que no aporta justificación de cómo se ha realizado la valoración de la cantidad solicitada, ni certificado o informe médico que acredite la vinculación entre sus bajas y las circunstancias en que se desarrolló el concurso u otro medio de prueba, como pudiera ser la relación de bajas en les años 2005 y 2006, al objeto de poner de manifiesto que, con anterioridad a la resolución del concurse, no sufría los referidos episodios de bajas médicas.

En cualquier caso, como ocurre con todos los empleados de este Organismo Autónomo, durante el período de baja los empleados no sufren ninguna variación en sus ingresos, toda vez que la Agencia Tributaria Madrid retribuye la diferencia entre la cantidad abonada en concepto de prestación por el organismo de previsión social que en

cada caso corresponda (MUFACE o Seguridad Social), y la retribución del empleado, no produciéndose ningún quebranto patrimonial en ese período.

Se estima, por todo lo anterior, que no procede admitir (sic) *la reclamación por [la reclamante*».

Instruido el procedimiento, con fecha 8 de noviembre de 2012 se acordó conceder el trámite de audiencia a la reclamante, que, mediante escrito de 28 de noviembre, vino a solicitar se le tuviera por ratificada en su integridad en su escrito de reclamación inicial, recalcando no obstante, frente a lo sustentado en el procedimiento por la jefa del Departamento de Gestión de Recursos Humanos, la arbitrariedad y desviación de poder en que, según la sentencia judicial recaída sobre el caso, había incurrido la Comisión de Valoración correspondiente.

Con fecha 29 de enero de 2013, el subdirector general de Secretaría Técnica formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que la interesada estaba obligada a soportar las posibles consecuencias lesivas de las decisiones adoptadas por la Comisión de Valoración del concurso de méritos en uso de su discrecionalidad técnica.

TERCERO.- Examinado el expediente administrativo, pueden darse por ciertos los siguientes hechos:

Por resolución de la Gerencia de la Agencia Tributaria Madrid de 28 de agosto de 2007, se convocó el concurso específico de méritos para la provisión de puestos de trabajo bbb. La reclamante instó la adjudicación de la plaza nº 6 del concurso, de nivel 26, denominada *"Técnico de Catastro"*.

Mediante Resolución de 4 de diciembre de 2007, de la Gerente de la Agencia Tributaria (publicada en el BOAM de 13 de diciembre), y de

conformidad con la propuesta de la Comisión de Valoración, se acordó adjudicar la plaza a *"la aspirante elegida inicialmente"*.

Formulado recurso de reposición por la reclamante, en que solicitaba la exclusión del concurso de la adjudicataria y, en consecuencia, la no adjudicación a la misma de la plaza en concurso, fue desestimado con fecha 18 de febrero de 2008.

Frente a dicha resolución, se interpuso por la reclamante recurso contencioso administrativo, que fue resuelto mediante Sentencia de fecha 20 de enero de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid (P.A. 526/2008).

El fundamento de derecho primero de la sentencia exponía las razones por las que el órgano judicial consideraba nula de pleno derecho la resolución administrativa:

> *«No hay discusión entre las partes en cuanto a los hechos que han traído a esta "litis", que por otra parte resultan con toda claridad del expediente administrativo: la plaza estaba reservada a arquitectos técnicos que ostentasen la condición de funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Madrid o de cualquier otra Administración Pública, concretándose en la Base Séptima que la Resolución del Concurso se llevaría a cabo en el plazo de dos meses con posibilidad de prórroga por otros dos y se publicaría en el Tablón de Anuncios y en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid. En el apartado segundo número 3 de las bases de la convocatoria (folio 3 del expediente) denominado "Requisitos y condiciones de participación" se decía literalmente que "los funcionarios en activo con destino definitivo solo podrán participar en los concursos siempre que hayan transcurrido dos años desde la toma de posesión del último destino obtenido por concurso y, hasta el día en que finalice el plazo de*

presentación de instancias"; y en el número 4 del mismo apartado se establecía que "en el plazo de dos años a partir de su toma de posesión el funcionario de nuevo ingreso no podrá participar en concursos para la provisión de puestos de trabajo". No puede ser más claro el tenor de las condiciones para participar en el concurso, como tampoco puede estar más claro a quienes se referían estas condiciones, al mencionarse expresamente a los "funcionarios en activo con destino definitivo".

Siendo ello así, resulta que el concurso se resuelve mediante Resolución de la Gerente de la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 4 de diciembre de 2007, -publicada en el Boletín de dicha Corporación local de 13 de diciembre del mismo año-respecto de uno de los puestos vacante de arquitectos técnicos, Nivel 26, denominado Técnico de Catastro, de orden n° 6, que 10 adjudicaba a B.L.M. (Se acredita este extremo con fotocopia del Boletín Oficial del Ayuntamiento en que se publicaba la resolución recurrida y que se numera DOS de los documentos acompañados con la demanda, lo que ya se le hizo constar a la propia administración como resulta del folio 96 del expediente). Sucede que la participante y adjudicataria B.L.M. no cumplía el requisito exigido en el número 3 de la Base Segunda en cuanto la misma tomó posesión de su puesto de trabajo de Inspector Adscrito Nivel 25, obtenido en el Concurso específico ccc orden EHA4062/2005 DE 19 DE DICIEMBRE (BOE N° ddd DE 28 de eee, siéndolo adjudicado el mismo por Orden EHA/749/2006 de 3 de marzo (BOE n° fff de ggg), por lo que en la fecha de terminación del plazo para presentar instancias para participar en el concurso de méritos específico bbb y que según la Convocatoria era el 24 de septiembre de 2007, quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de su publicación en el boletín

Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 6 de septiembre de 2007, no habían transcurrido los dos años requeridos en las bases de la Convocatoria, ya que esos dos años se cumplirían varios meses después, concretamente el 3 de marzo de 2008, es decir con posterioridad incluso a la resolución del concurso impugnado. Sobre este extremo fáctico no hay discusión, ni se niega por la administración demandada, quedando plenamente acreditado con fotocopia de dicho BOE que se numera con el cardinal ocho de los acompañados con la demanda. Por consiguiente, nos hallamos ante una resolución, la que resuelve el concurso de méritos respecto de esa plaza n° 6, y la que la confirme en reposición administrativa que son clara y manifiestamente nulas y contrarias a Derecho, por infringir abierta y terminantemente las Bases de la convocatoria. El art. 62 de la Ley 30/92, en la redacción dada al mismo por la ley 4/99 de 13 de enero, establece que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o cuando vulneren otras disposiciones administrativas de rango superior, cual sucede en el presente caso, de un lado por cuanto la Comisión de Valoración designada para resolver el Concurso Específico de Méritos bbb de la Agencia Tributaria de Madrid ha vulnerado las Bases de la convocatoria del mismo y de otro por cuanto la Resoluci6n de la Gerente de la Agencia Tributaria de Ayuntamiento de Madrid, al hacer suya la propuesta de la comisión de Valoración ratifica la vulneración de dichas Bases, mediante acuerdo que tiene un rango administrativo inferior al citado Real Decreto. En este mismo sentido el arto 41.2 del Real Decreto 364/95 por el que se aprobaba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de trabajo y promoción profesional de los

funcionarios civiles del Estado-de aplicación supletoria a los funcionarios de la Administración Local en virtud de los dispuesto en el art. 1.3 de dicho texto reglamentario-establece que los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo de destino definitivo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo».

De conformidad con ello, el fallo de la sentencia disponía lo siguiente:

«a) Anular la citada resolución, por no ser conforme a Derecho, en el particular en que adjudica a [la aspirante elegida inicialmente] el puesto de trabajo denominado *"Técnico de Catastro nivel 26"* (número 6 de la convocatoria.

b) Reconocer a la recurrente el derecho a que se retrotraigan las actuaciones del procedimiento al momento anterior a la propuesta de adjudicación de dicha plaza por la Comisión de Valoración a [la aspirante elegida inicialmente], *para que por dicha Comisión, previa exclusión de* [la aspirante elegida inicialmente] *por no reunir los requisitos para participar en el concurso, se vuelva a proponer la adjudicación de la plaza a [la reclamante].*

c) Desestimar el resto de pretensiones contenidas en el suplico de la demanda».

La sentencia, susceptible de apelación, devino firme al no ser recurrida. Reunida de nuevo la Comisión de Valoración, hizo la oportuna propuesta a la Gerencia del organismo autónomo municipal, que, mediante Resolución de 7 de junio de 2010, adjudicó la plaza a la reclamante. Esta tomó posesión del puesto el 9 de julio siguiente.

CUARTO.- El delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional, con fecha 8 de febrero de 2013, formula consulta a través del

consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 11 de marzo de 2013, y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 3 de abril de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de un órgano legitimado a tenor del artículo 14.1 de la misma LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la ley.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al haber resultado perjudicada, según la reclamación, por la adjudicación inicial de la plaza a otra candidata.

La legitimación pasiva corresponde a la Agencia Tributaria de Madrid, organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio diferenciado, que convocó, tramitó y resolvió el concurso de méritos del que se deduce la reclamación patrimonial.

A tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año desde la fecha en que se haya producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Conforme a la doctrina de la *actio nata*, tiene declarada la jurisprudencia que *"el cómputo del plazo de prescripción no puede realizarse sino desde el momento en que resulta posible el ejercicio de la acción por estar plenamente determinados los dos elementos del concepto de lesión, como son el daño y la constatación de su ilegitimidad"* (STS de 22 de diciembre de 2010, RC 257/2009). En el caso que se sujeta a examen, aunque la constatación de la ilegitimidad del daño se produjo al ser notificada a la representación procesal de la reclamante la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid por la que se anuló la resolución primitiva del concurso de méritos (lo que se produjo, a tenor de la copia aportada por la parte reclamante, el 28 de enero de 2010), la determinación del daño sufrido no se produjo hasta la fecha de la toma de posesión del puesto por la reclamante, que se produjo el 9 de julio de 2010 (pág. 12 del expediente administrativo). De esta forma, la reclamación, presentada en sede administrativa el 17 de enero de 2011, ha de ser considerada en plazo.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido en la tramitación del procedimiento administrativo destinado al posible reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe del Servicio de Coordinación Administrativa y Recursos Humanos de la Agencia Tributaria de Madrid sobre los hechos en que se basa la reclamación. Con ello, se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 RPRP en el sentido de recabarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Del mismo modo, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

El artículo 42 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 13 del RPRP, establece un plazo de seis meses para la resolución y notificación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. La superación del plazo previsto no dispensa al órgano administrativo peticionario del dictamen de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJ-PAC) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de informar la consulta.

TERCERA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

Interpretando el marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010) enuncia los siguientes: generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño

o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

De esta forma, no cabe plantearse la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009.

En el caso que da origen al presente dictamen, y sin perjuicio de lo que luego se dirá en cuanto a los daños morales solicitados, la falta de adjudicación inicial de la plaza en concurso ha supuesto un perjuicio económico a la reclamante, al haber dejado de obtener una retribución superior a la que percibía en su anterior puesto de trabajo.

CUARTA.- Afirmada la generación de un daño a la funcionaria reclamante, debe analizarse si concurren el resto de presupuestos necesarios para la condena patrimonial de la Administración.

No parece ofrecer duda, en el caso expuesto, que el daño producido se debe precisamente al funcionamiento del servicio público, en concreto a la adjudicación inicial de la plaza a una funcionaria a la que, según ha declarado con carácter firme y fuerza de cosa juzgada un órgano judicial, no se le debía haber adjudicado la plaza en lid. En consecuencia, cabe entender concurrente la relación de causalidad, cuya acreditación compete, como regla general, a quien pretende ser resarcido económicamente por la Administración (STS de 22 de marzo de 2011, RC 4144/2009), debiendo manifestarse, bien de forma directa, inmediata y exclusiva, bien

indirecta, sobrevenida o concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima (STS de 22 de marzo de 2012, RC 48/2010).

De esta forma, la disparidad de criterios entre el órgano administrativo y la reclamante, dejando a un lado de momento la cuestión relativa a los daños concretos indemnizables y a su cuantificación, reside en la posible antijuridicidad del daño producido, esto es, en la posible existencia de un título que imponga a la reclamante el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley. Si así fuera, el artículo 141.1 *ab initio* de la LRJ-PAC, dispensaría a la Administración de la obligación de indemnizar a la reclamante.

En este punto, conviene recordar que *"la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización"*. No obstante, matiza el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de noviembre de 2012 (RC 4237/2010) y de 17 de mayo de 2007 (RC 5866/2003) que:

> *"la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos comporta que esta responsabilidad si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad*

en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión".

En este punto, el mismo Alto Tribunal, recogiendo larga doctrina propia, señala que *"nuestra jurisprudencia, dado lo que dispone el inciso primero del art. 142.4 de la Ley 30/1992, y antes el art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, niega la antijuridicidad del daño si la resolución administrativa luego anulada... fue reflejo de una interpretación razonada y razonable de las normas jurídicas que aplicó"* (STS de 21 de febrero de 2012, RC 624/2010).

No obstante, la jurisprudencia viene diferenciando el tratamiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en el ejercicio de facultades discrecionales o de "*aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender soloa datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución".* En tales supuestos, matiza la Sala Tercera del Tribunal Supremo, *"es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite 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, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la*

Administración". De forma que faltaría uno de los requisitos necesarios para entender concurrente uno de los presupuestos necesarios para la condena patrimonial de la Administración: *"Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones"* (STS de 27 de noviembre de 2012, RC 4237/2010).

En tal distinción se fundamenta la propuesta de resolución, así como el informe del Servicio de Coordinación Administrativa y Recursos Humanos en el informe emitido a los efectos del artículo 10.1 del RPRP a lo largo del procedimiento administrativo, con el argumento de que, en definitiva, y al adjudicar la plaza en primer término a la aspirante elegida inicialmente, se estaba actuando en el ejercicio de la discrecionalidad técnica que compete a la Administración a la hora de resolver los procedimientos de selección de personal (discrecionalidad técnica que, fruto de una progresiva matización de la jurisprudencia tradicional, puede ser controlada sobre la base de los principios de tutela judicial efectiva y de fiscalización universal de los actos administrativos ante los jueces y Tribunales, en relación con el concepto mismo de Estado de Derecho. En dicho sentido, la reciente STS de 18 de febrero de 2013, RC 5655/2011).

Sin embargo, la anulación por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid de la Resolución de 4 de diciembre de

2007, de la Gerente de la Agencia Tributaria, por la que se adjudicó la plaza a la aspirante elegida inicialmente, no se basó en apreciarse un ejercicio inadecuado de la facultad de valorar los méritos de cada aspirante a los efectos de resolver el concurso, sino en la incorrecta admisión en el procedimiento de aquélla. De ahí que el órgano judicial ordenase la retroacción del procedimiento para que la Comisión de Valoración propusiera la adjudicación de la plaza a la reclamante, *"previa exclusión de* [la aspirante elegida inicialmente]*"*.

Y en este punto, el de la admisión o no de los aspirantes según cumplieran o no los requisitos fijados en las bases del concurso, no existía en principio discrecionalidad administrativa, o al menos (y al desconocerse el resto de los requisitos exigibles, pues no se ha incorporado al procedimiento la convocatoria) en cualquier caso cabe sostener que no existía discrecionalidad en lo concerniente a la apreciación de si la aspirante elegida inicialmente reunía o no el requisito de admisión a que se ha hecho referencia.

Según se deduce de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid, señala la base nº 3 de la convocatoria ("Requisitos y condiciones de la participación"), en su apartado segundo, que *"los funcionarios en activo con destino definitivo solopodrán participar en los concursos siempre que hayan transcurrido dos años desde la toma de posesión del último destino obtenido por concurso y hasta el día en que finalice el plazo de presentación de instancias"*.

Frente a la claridad de esta norma, la resolución inicial del procedimiento selectivo adjudicó la plaza en concurso a una aspirante que, según señala el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid en la sentencia de constante referencia, "*no cumplía el requisito exigido en el número 3 de la Base Segunda en cuanto la misma tomó posesión de su puesto de trabajo de Inspector Adscrito Nivel 25, obtenido*

en el Concurso específico ccc orden EHA4062/2005 de 19 de diciembre (BOE nº ddd de eee, siéndolo adjudicado el mismo por Orden EHA/749/2006 de 3 de marzo (BOE nº fff de ggg de 2006), por lo que en la fecha de terminación del plazo para presentar instancias para participar en el concurso de méritos específico bbb y que según la Convocatoria era el 24 de septiembre de 2007, quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de su publicación en el boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 6 de septiembre de 2007, no habían transcurrido los dos años requeridos en las bases de la Convocatoria, ya que esos dos años se cumplirían varios meses después, concretamente el 3 de marzo de 2008, es decir con posterioridad incluso a la resolución del concurso impugnado".

Al respecto, este órgano consultivo considera necesario llamar la atención sobre los términos en que se expresa la sentencia de constante referencia en su fundamento de derecho cuarto, calificando expresamente la actuación administrativa objeto de impugnación jurisdiccional como incursa en *"arbitrariedad y desviación de poder"*, puesto que *"la Administración se ha apartado abierta, clara y temerariamente de la legalidad y ha utilizado sus potestades de autoorganización para un fin por completo desviado del querido por el ordenamiento jurídico, adjudicando una plaza a una participante que abiertamente debió quedar excluida del proceso de selección y manteniendo la oposición a la demanda con manifiesta temeridad".*

Este órgano consultivo aprecia que, en efecto, el perjuicio ocasionado a la reclamante tiene origen en una muy arriesgada *"exégesis"* de una base de la convocatoria ("*ley del concurso"* según reiteradísima jurisprudencia) que no admitía dudas interpretativas: aquellos aspirantes con respecto a los que no hubieran transcurrido al menos dos años desde la adjudicación de la

plaza que ocupaban en el momento de su último nombramiento, no tenían posibilidad de optar a la plaza convocada.

En dicho sentido, la legislación aplicable como regla general a las Administraciones Locales según el sistema de fuentes en materia de empleo público recogido en el artículo 3.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007, de 12 de abril), estatuye el derecho de los funcionarios públicos a participar exclusivamente en aquellos concursos en que reúnan, además, de las condiciones generales exigidas, los requisitos determinados en la convocatoria en la fecha en que termine el plazo de presentación de las solicitudes de participación. Asimismo, el deber del funcionario de permanecer en cada puesto de trabajo de destino definitivo, como regla general, un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión. Así se deduce de los artículos 20.1.f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Público y del artículo 40 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.

No cabe duda, por tanto, de la antijuridicidad del daño producido a la reclamante.

QUINTA.- Queda por determinar el importe de la indemnización a que es acreedora la reclamante, que se corresponde con las diferencias entre la retribución que percibió de modo efectivo durante el tiempo en que se vio privada de la posibilidad de ocupar la plaza que había hecho acreedora, y la que le hubiera correspondido si se le hubiera otorgado la plaza de Técnico de Catastro desde un primer momento. No cabe duda de que dicha plaza le debió ser otorgada a ella en detrimento de la aspirante elegida inicialmente, pues, según señala la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo nº 22 de Madrid, fue la segunda en cuanto a la valoración de méritos.

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 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 este 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 de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditada la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, de modo que no son indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006, RC 1761/2002, y de 6 de abril de 2006, RC 3498/2003).

Por otra parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia dictada para la unificación de doctrina con fecha 10 de marzo de 2010 (RC 423/2008), recoge ante la pretensión de resarcimiento económico de una empleado público a la que, tras la anulación judicial de la correspondiente resolución administrativa, se le reconoce el derecho a la adjudicación de la plaza sujeta a procedimiento selectivo, *"la procedencia de la diferencia salarial entre la cantidad asignada en el puesto que se venía ejercitando y la atribuida al puesto obtenido"*.

En el caso sujeto a examen, la reclamante ha acreditado la diferencia retributiva entre la retribución efectivamente percibida y la que debería haber cobrado de haberse actuado conforme a Derecho desde un primer momento por la Administración.

Conforme a lo señalado por el jefe del Servicio de Programación y Análisis Económico en su informe de 27 de julio de 2012, la diferencia entre las "*retribuciones percibidas en su puesto de origen y las obtenidas en*

el que ocupa actualmente durante el período comprendido entre el 18 de diciembre de 2007 y el 8 de julio de 2010, es de 59.744,48 €". Estos cálculos se pueden dar por válidos.

En cambio, no se ha acreditado por la reclamante la efectiva concurrencia de daños morales, ya que las bajas que alega haber soportado por el estado depresivo en que le sumió su falta de nombramiento, no constan que traigan causa de esa circunstancia. En cualquier caso, el hecho de haber estado de baja no incide sobre la cantidad a percibir, toda vez que en el expediente administrativo consta documentado que la Agencia Tributaria de Madrid suplementa la ausencia parcial de ingresos que se produce mientras se está en situación de baja laboral.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación patrimonial objeto del presente dictamen, al considerar concurrentes los elementos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad administrativa. La indemnización a la reclamante debe fijarse en la cantidad de 59.744,48 €.

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, 3 de abril de 2013