

Dictamen nº

179/13

Consulta:

Alcaldesa de Madrid

Asunto:

Responsabilidad Patrimonial

Aprobación:

30.04.13

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 30 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 J.M.C.M. (en adelante, “*el reclamante*”), sobre daños y perjuicios derivados de la anulación de la resolución de un concurso de méritos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de noviembre de 2009 se presentó en el registro de la Oficina de Personal de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el reclamante, funcionario de carrera del Ayuntamiento de Madrid, en que ponía de manifiesto haber sido designado mediante Resolución del director general de Gestión de Recursos Humanos, de 18 de abril de 2008, recaída en trámite de ejecución de Sentencia en relación con el concurso general de méritos aaa, jefe de Sección de Licencias, Adjunto a Departamento, del Departamento de Servicios Técnicos de la Junta Municipal de A.

En nueva Resolución, de 15 de enero de 2009 -según se advierte en el escrito-, se acordó satisfacer al interesado las diferencias retributivas por el período comprendido entre el 28 de septiembre de 2007, “*fecha del Auto que se ejecuta*”, y el 25 de junio de 2008, remitiéndole, en caso de disconformidad, a la cuestión incidental correspondiente.

Por considerar el hoy reclamante que, en realidad, le correspondía percibir las diferencias retributivas, no desde la fecha de dictado del Auto que disponía la ejecución de la Sentencia, sino desde el momento en que, conforme a Derecho, debía haber pasado a ocupar el puesto sujeto a concurso (momento que sitúa en el 17 de abril de 2003), solicitó del Juzgado, en la forma indicada por el Ayuntamiento de Madrid y en trámite de ejecución de Sentencia, el abono de las cantidades que debería haber percibido también entre la indicada fecha del 17 de abril de 2003 y el 28 de septiembre de 2007. Las retribuciones así calculadas ascendían a un importe de 32.241,37 euros, que, a fecha 31 de marzo de 2009, se elevaba con el cálculo de los correspondientes intereses a 37.692,55 euros.

El órgano judicial, mediante Auto de 14 de julio de 2009, considerando que la Sentencia se había ejecutado respecto a la cuestión principal (adscripción del reclamante al puesto de trabajo que le correspondía), entendió que lo solicitado por el funcionario “*tendría que considerarse como una indemnización de daños y perjuicios derivados del acto administrativo*”.

El reclamante estima que respecto de lo solicitado ante el Juzgado y ahora reiterado en vía administrativa, concurren los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que tiene derecho a ser indemnizado en la cuantía señalada *supra*.

SEGUNDO.- Recibida la reclamación, por acuerdo de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de 13 de enero de 2010 se

requirió al reclamante a fin de que, entre otras cosas, aportara copia de las resoluciones administrativas y judiciales a que aludía en su escrito de reclamación. Dicho requerimiento fue cumplimentado por el interesado con fecha 2 de febrero de 2010.

Mediante nuevo acuerdo de 9 de marzo de 2010, la instructora solicitó informe de la Asesoría Jurídica, que, mediante nota de servicio interior de 26 de noviembre siguiente, manifestó que “...el Auto de fecha 14 de julio de 2009, por el que se resuelve la pieza de ejecución instada por [el reclamante], deviniente del P.A. 103/2003, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26, ha sido declarado firme, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 22 de noviembre de 2010, notificada a esta Asesoría Jurídica en el día de hoy, que fotocopiada se acompaña”.

Ya con fecha 3 de diciembre de 2010, se solicitó informe de la Dirección General de Recursos Humanos sobre los siguientes aspectos:

“- Número de personas que se presentaron al concurso convocado para cubrir la plaza ccc/0001 de Jefe de Sección de Industrias del Distrito de A.

- Si el reclamante era el único aspirante que tenía derecho a la adjudicación de la plaza ccc/0001 al anularse la adjudicación efectuada al [aspirante designado inicialmente] por la Sentencia de 22 de septiembre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de valoración de los méritos de los candidatos, a fin de que no se valore como mérito específico a M.L. el desempeño de la plaza.

- En caso contrario, se solicita se informe el motivo de que el aspirante que había obtenido mayor puntuación no se le adjudicase dicha plaza”.

La directora general de Gestión de Recursos Humanos, mediante nota interna de 8 de marzo de 2011, aclaró:

“En relación al escrito de fecha 3 de diciembre de 2010, relativo al Concurso General de Méritos aaa, le informo que fueron 9 los funcionarios que solicitaron el puesto ccc/0001, de Jefe de Sección de Industrias del Distrito de A, convocado con número de orden 13 y que se relacionan a continuación: [...]”

“Por otra parte, la Sentencia de 22 de septiembre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dispuso la anulación de la adjudicación del mencionado puesto a (...) y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la valoración de los méritos de los candidatos. En ejecución de dicha sentencia, la Comisión de Valoración designada para el concurso aaa se reunió el 8 de mayo de 2006, valorando de nuevo. De acuerdo con las nuevas puntuaciones, propuso la adjudicación del puesto nº ccc/0001, a [el reclamante], por tratarse del candidato con mayor puntuación”.

Mediante nuevo Acuerdo de 1 de abril de 2011, se solicitó de la Dirección General de Recursos Humanos la remisión del acta de la reunión de la Comisión de Valoración de 8 de mayo de 2006, siendo enviada con fecha 11 de abril e incorporada su copia al expediente administrativo (folios 56 y 57).

Instruido el procedimiento, con fecha 13 de mayo de 2011 se acordó conceder trámite de audiencia al reclamante, que, mediante escrito de 7 de junio, vino, en términos generales, a reiterar lo ya manifestado en su escrito de reclamación.

Con fecha 18 de febrero de 2013, el subdirector general de Estudios formuló propuesta de resolución en el sentido de inadmitir la reclamación patrimonial al considerar prescrito el derecho a reclamar. Subsidiariamente a

lo anterior, consideraba igualmente que el interesado tenía el deber de soportar el daño producido, pues, en definitiva, sólo poseía una mera expectativa de derecho.

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

1. Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de septiembre de 2002, publicada en el BOAM de bbb y recaída en el concurso de méritos aaa, se adjudicó la plaza nº ccc/0001 a uno de los aspirantes (en adelante, el *“aspirante designado inicialmente”*), distinto del reclamante.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución administrativa por parte del reclamante y de otro de los aspirantes, dio lugar a la tramitación del procedimiento abreviado 103/2003 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, que finalizó con desestimación del recurso por Sentencia de 20 de mayo de 2004.

En su recurso, los dos recurrentes habían invocado como causa de nulidad de la adjudicación, el que al aspirante designado inicialmente se le habían concedido seis puntos por adscripción provisional, cuando dicho nombramiento había sido declarado nulo por sentencia judicial.

El reclamante impugnó la Sentencia, dando lugar al recurso de apelación 1522/2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Con fecha 22 de septiembre de 2005, este Tribunal acordó estimar el recurso, disponiendo la *“retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de valoración de los méritos de los candidatos, a fin de que no se valore como mérito específico a dicho funcionario [el aspirante designado inicialmente] y consistente en”*

experiencia en puesto de trabajo similar el desempeño de esa misma plaza en comisión de servicio con anterioridad por el citado funcionario”.

Reunida de nuevo la Comisión de Valoración, con fecha 8 de mayo de 2006 propuso la adjudicación al reclamante del puesto nº ccc/0001, por tratarse del candidato con mayor puntuación, una vez descontada al “aspirante designado inicialmente” la puntuación correspondiente a la experiencia en el puesto ocupado en comisión de servicios. En particular, el Acuerdo, según el acta correspondiente (págs. 56 y 57), establecía:

«Reunidos los asistentes en el Departamento de Tramitación de Concurso de Traslados del Personal Funcionario y Laboral, Concejalía del Área Delegada de personal, en la calle Bustamante nº 16, a las 10,00 horas del día 8 de mayo de 2006, previa convocatoria al efecto, con el fin de dar cumplimiento a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada con fecha 22 de septiembre de 2005 en el recurso de apelación nº 1522/2004, y en procedimiento seguido sobre el Concurso General de Méritos aaa.

La Comisión de Valoración acuerda que, para cumplir con la citada Sentencia en sus propios términos, en relación con la plaza nº ccc/0001 (Jefe de la Sección de Industrias de la Junta Municipal del Distrito de A) adjudicado a [el aspirante designado inicialmente] en el concurso mencionado, no se le valore como mérito específico consistente en “experiencia en puesto de trabajo similar”, el desempeño de esa misma plaza con anterioridad en comisión de servicio por el mismo funcionario.

Asimismo, la Comisión de Valoración acuerda que si la variación resultante en la puntuación total de [el aspirante designado inicialmente], una vez descontados los puntos correspondientes a los

méritos específicos que dejan de valorarse, altera el orden de prelación para la adjudicación de la plaza, se elevará al Área Delegada de Personal la siguiente propuesta de resolución:

- *Adjudicar la plaza nº ccc/0001 (actualmente ddd/0001), nº 13 de la convocatoria, Adjunto a Departamento, nivel 26, Sección de Licencias, Junta Municipal del Distrito de A, a [el reclamante]».*

Mediante escrito de 1 de junio de 2006, el reclamante plantea incidente de ejecución de Sentencia en vía judicial; el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, con fecha 28 de septiembre de 2007, dicta Auto en el que ordena la adjudicación al reclamante, por parte del Ayuntamiento, del puesto de trabajo denominado “*jefe de Sección de Licencias*” de la Junta de Distrito de A.

El aspirante designado inicialmente interpuso recurso de apelación (Rec. 194/08), siendo desestimado por Auto de 28 de julio de 2008, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Mediante Resolución del director general de Gestión de Recursos Humanos de 18 de abril de 2008, se dispuso adscribir al reclamante al puesto de jefe de Sección de Licencias Adjunto a Departamento del Departamento de Servicios Técnicos de la Junta Municipal de A.

Por Resolución de 15 de enero de 2009, de la directora general de Relaciones Laborales, se dispuso abonar al reclamante 6.485,16 euros en concepto de diferencias retributivas entre lo percibido en concepto de complemento específico y de destino en el puesto que venía ocupando, y lo que debía haber percibido de haber estado adscrito al puesto de jefe de Sección de Licencias, Adjunto a Departamento, en el período comprendido entre el 28 de septiembre de 2007, fecha del Auto que se ejecutaba, y el 25 de junio de 2008.

En el pie de recursos de la mencionada Resolución, se hacía constar (pág. 5) lo siguiente:

“Lo que comunico para su conocimiento y efectos oportunos, significándole que contra el presente acto no procede reclamación en vía administrativa, pudiendo el interesado, si así lo estima oportuno, exponer sus alegaciones respecto a lo actuado ante el órgano jurisdiccional sentenciador, quien entenderá de las mismas en cuestión incidental que se promueva en ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Mediante escrito de 27 de abril de 2009, el reclamante solicitó ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 26 de Madrid, se obligara al Ayuntamiento de Madrid a satisfacerle, en trámite de ejecución de sentencia, las diferencias retributivas habidas a partir de la fecha de la toma de posesión del aspirante designado inicialmente, y no tan sólo desde el Auto de 28 de septiembre de 2007, como había hecho ya el Ayuntamiento de Madrid.

Mediante nuevo Auto de 14 de julio de 2009 se declaró “*no haber lugar a la solicitud formulada por el recurrente..., declarando cumplida la sentencia dictada en este procedimiento*”. En particular, en los razonamientos jurídicos cuarto y quinto, se expresaba:

“Cuarto.- (...) Sin embargo, esta petición tendría que considerarse como una indemnización de daños y perjuicios derivados del acto administrativo. Y en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia no se hace referencia ni se condena al Ayuntamiento a abonar perjuicios, sino a resolver nuevamente el concurso.

Por ello, si bien en ejecución de esa sentencia, y una vez determinado que el recurrente era el que tenía mayor puntuación, se consideró pertinente declarar su derecho al puesto de Jefe de la Sección de Licencias de la Junta de Distrito de A, impidiendo que la sentencia dictada quedara vacía de contenido, lo que no puede darse al recurrente es una indemnización de daños y perjuicios que no solicitó ni le fue concedida.

Quinto.- Efectivamente, con carácter general, si un auto define los términos en que va a ejecutarse una sentencia no añade nada a lo antes decidido. Sin embargo, en este caso, la sentencia solo ordenaba que se hiciera una nueva valoración, y se resolviera en consecuencia nombrando a la persona que hubiera obtenido mayor valoración. De ahí a considerar que esa persona, ya desde ese momento, tenía derecho a percibir las retribuciones correspondientes a ese puesto, sería tanto como considerar que tenía derecho a esas retribuciones antes de tomar posesión del puesto, por tener mayor derecho que el resto de los participantes en el concurso, lo que no es conforme con la naturaleza retributiva del salario”.

Dicho Auto, al no ser recurrido en apelación por las partes, devino firme. Así se hizo constar por Diligenza de Ordenación de 22 de noviembre de 2010.

2. Por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid, de 17 de abril de 2002, después confirmada en sede de apelación por la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de 15 de febrero de 2003, se anuló, a instancia de una funcionaria no relacionada con la reclamación, el nombramiento en régimen de adscripción provisional (comisión de servicios) de quien posteriormente sería aspirante designado inicialmente. Y ello, “*por entender, en esencia, que no concurrían las razones de inaplazable necesidad y urgencia, exigibles de conformidad con*

la legislación vigente, para elegir tal forma de provisión de plazas en lugar del concurso de méritos que es la forma de provisión que mayores garantías de respeto a los principios de mérito y capacidad, constitucionalmente consagrados, aporta” (S. de 22/9/2005, al F.J. 2º).

CUARTO.- El delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional, con fecha 26 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 2 de abril 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, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de abril de 2013, por ocho votos a favor y el voto en contra de la Consejera, Sra. Laina, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

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.- El 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 perjudicado económicoamente, según la reclamación, por la adjudicación inicial de la plaza a otro candidato.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, que convocó, trató 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). Aplicando esta jurisprudencia, considera la propuesta de resolución (a los folios 70 y 71 del expediente administrativo), que el *dies a quo* de la reclamación de referencia viene constituido por la fecha de notificación de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de septiembre de 2005, estimatoria del recurso de apelación 1522/2004 y, en definitiva, anulatoria de la Resolución de la Concejalía Delegada del Área de Personal del Ayuntamiento de Madrid de 5 de septiembre de 2002

por la que se había adjudicado la plaza en litigo al “*aspirante designado inicialmente*”.

Este órgano consultivo discrepa del parecer del instructor del procedimiento. Es cierto que, como regla específica establecida en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que tengan origen en la anulación previa de un acto o disposición administrativa, “*el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva*” (art. 142.4 LRJ-PAC).

Ahora bien, no parece que haya elementos para sostener que, en el caso sujeto a controversia, estuvieran plenamente determinados los dos elementos del concepto de lesión (el daño y su ilegitimidad, según la jurisprudencia antes recogida) en la fecha de notificación de la referida sentencia.

A esa conclusión se llega, en primer lugar, a la vista del contenido del pronunciamiento de la sentencia de referencia, dictada en apelación. De ella no se deducía que el reclamante, automáticamente, tuviera derecho a la adjudicación de la plaza sujeta a concurso, sino que, según el fallo, a la par que se anulaba la resolución original del concurso, se obligaba a la Administración a retrotraer «*lo actuado al momento inmediatamente anterior al de valoración de los méritos de los candidatos, a fin de que no se valore como mérito específico a dicho funcionario el consistente en “experiencia en puesto de trabajo similar” el desempeño de esa misma plaza en comisión de servicio con anterioridad por el citado funcionario*».

Fue en la nueva reunión de la Comisión de Valoración del concurso de méritos, celebrada en términos de ejecución de sentencia con fecha 8 de mayo de 2006, en la que, una vez descontada la puntuación asignada ilegalmente al aspirante designado inicialmente, se alteró el orden de prelación de la plaza denominada “Adjunto a Departamento, Nivel 26,

Sección de Licencias, Junta Municipal del Distrito de A”, acordando su adjudicación al reclamante (págs. 56 y 57).

A juicio del reclamante, la ejecución por la Administración de la Sentencia de 22 de septiembre de 2005, no fue conforme a Derecho, pese a que, sin duda, la Comisión de Valoración volvió a reunirse a fin de valorar de nuevo los méritos descontado el mérito de la experiencia en puesto de trabajo similar, que era lo ordenado en esa Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La Administración consultante, consiguientemente, adjudicó al reclamante la plaza objeto de concurso. La discrepancia del reclamante con esta adjudicación generó de inmediato (por su escrito de 1 de junio de 2006) un incidente de ejecución de sentencia, que no fue resuelto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (órgano jurisdiccional con competencia funcional para la ejecución) hasta el Auto de 28 de septiembre de 2007 (es decir, transcurridos un año y tres meses después de la demanda incidental), auto que no pudo adquirir firmeza hasta el 28 de julio de 2008, en que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el aspirante designado inicialmente.

En el referido incidente de ejecución de sentencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, entendió que no se había dado un cumplimiento estricto al fallo del Tribunal Superior de Justicia porque el puesto de trabajo ccc/0001, objeto del concurso general de méritos había sido sustituido por otro puesto, en cuanto al contenido de las funciones, en virtud de modificación posterior de la RPT. El Juzgado ordenaba adjudicar al reclamante ese otro puesto. Y así lo hizo finalmente la Administración consultante mediante Resolución del director general de Gestión de Recursos Humanos, de 18 de abril de 2008, que adscribió al reclamante al puesto de jefe de Sección de Licencias Adjunto a Departamento del Departamento de Servicios Técnicos de la Junta Municipal de A.

En nuestro reciente Dictamen 116/13, también en relación con una funcionaria que solicitaba ser compensada económicaamente por el Ayuntamiento de Madrid por razón de la falta de adjudicación, en un primer momento y a salvo de la posterior corrección judicial, de una plaza sacada a concurso, nos remitimos a la fecha de la toma de posesión del puesto de trabajo por la reclamante como *dies a quo* de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Tal puntuализación se hacía en consideración al hecho de que, precisamente en ese momento, la funcionaria que había sido privada ilegítimamente de la adjudicación de un determinado puesto, tenía conocimiento cabal del perjuicio que ello le suponía, pues las diferencias retributivas debían de ser computadas, en aquel caso concreto y siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la fecha de la toma de posesión de la aspirante inicialmente designada (momento en que, en realidad, le debería haber sido adjudicado el puesto a quien en aquella ocasión hacía las veces de reclamante).

En el caso examinado, la Administración no se opone a abonar diferencias retributivas al reclamante, sino que se aviene a ello, si bien en una cuantía distinta a la que éste entiende tener derecho. Así, por Resolución de 15 de enero de 2009, de la directora general de Relaciones Laborales, se dispuso abonar al reclamante 6.485,16 euros en concepto de diferencias retributivas entre lo percibido en concepto de complemento específico y de destino en el puesto que venía ocupando, y lo que debía haber percibido de haber estado adscrito al puesto de jefe de Sección de Licencias, Adjunto a Departamento, durante el período comprendido entre el 28 de septiembre de 2007, fecha del Auto que se ejecutaba (en realidad, fecha anterior a la firmeza de dicho Auto), y el 25 de junio de 2008.

Al considerar esta fecha como el momento de determinación del daño, la reclamación, presentada el 30 de noviembre de 2009 (pág. 1) no podría considerarse prescrita.

Ocurre, por lo demás, que conforme a la actuación del mismo Ayuntamiento de Madrid, cabría atender incluso a una fecha posterior como momento de determinación del daño. En este punto, le parece a este Consejo Consultivo relevante el pie de recursos de la mencionada Resolución (pág. 5), recogido de un modo literal en los antecedentes de hecho del dictamen, en que se remitía al reclamante, en caso de disconformidad, a “*exponer sus alegaciones respecto a lo actuado ante el órgano jurisdiccional sentenciador, quien entenderá de las mismas en cuestión incidental que se promueva en ejecución de sentencia...*”.

El reclamante, actuando conforme a lo indicado por el Ayuntamiento de Madrid, solicitaría del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 26 de Madrid que se obligara al Ayuntamiento de Madrid a satisfacerle, en trámite de ejecución de sentencia, las diferencias retributivas habidas a partir de la fecha de la toma de posesión del “*aspirante designado inicialmente*” (pretensión que es, con exactitud, la misma que se ejercita actualmente en sede administrativa). La titular del órgano jurisdiccional aclaró, mediante Auto de 14 de julio de 2009, cuyos razonamientos jurídicos más relevantes se han reproducido también con anterioridad, que la solicitud así realizada “*tendría que considerarse como una indemnización de daños y perjuicios derivados del acto administrativo*”. Es decir que, corrigiendo al Ayuntamiento de Madrid, comunica al reclamante la sede adecuada para hacer valer su derecho, siendo éste el momento a partir del cual cabe entender posible y razonable el ejercicio de la acción por su parte conforme a una interpretación favorable al derecho a reclamar y restrictiva por tanto de la aplicación del plazo de prescripción.

En todo caso, llama la atención que la argumentación del Ayuntamiento en favor de considerar prescrito el derecho a reclamar (por computar el plazo anual desde la sentencia) sea, además de errónea (pues, como se ha dicho, la sentencia no adjudicaba plaza alguna al reclamante), abiertamente

contradictoria con la argumentación utilizada en la misma propuesta de resolución para valorar subsidiariamente el fondo de la reclamación.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento administrativo destinado al posible reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el órgano administrativo competente para la instrucción ha seguido 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 de la directora general de Gestión de Recursos Humanos 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 concorra 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 su carácter o no indemnizable (cuestión a la que más adelante se hará referencia), la falta de adjudicación inicial de la plaza en concurso ha supuesto un perjuicio económico al reclamante, al haber dejado de obtener una retribución superior a la que percibía en su anterior puesto de trabajo. No obstante, ya se considere que el daño producido al funcionario reside en haber dejado percibir la retribución que le hubiera debido corresponder desde la fecha en que se le adjudicó inicialmente la plaza a otro aspirante, ya que el perjuicio irrogado al reclamante sólo se produce desde que, una vez reunida por segunda vez la Comisión de Valoración, se le designa por fin

ganador del concurso, lo cierto es que, a juicio de este Consejo Consultivo, no concurren las circunstancias necesarias para que ese perjuicio sea indemnizable.

CUARTA.- En efecto, una vez afirmada la generación de un daño al funcionario 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 un funcionario al que, según se deduce de una resolución jurisdiccional firme, no se le debía haber computado determinado mérito, resultando de su resta la adjudicación de la plaza al reclamante. En consecuencia, cabe entender concurrente la relación de causalidad, cuya acreditación compete, como regla general, a quien pretende ser resarcido económico 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 el reclamante, una vez resuelta la cuestión relativa a la posible prescripción, reside en la posible antijuridicidad del daño producido, esto es, en la eventual existencia de un título que imponga al 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 indemnizarle, pues

“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 27 de noviembre de 2012 (RC 4237/2010) y de 17 de mayo de 2007 (RC 5866/2003), afirma 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”.

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).

Abundando sobre el particular, 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 sólo a 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 casos, 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, con el argumento de que, en definitiva, al adjudicar la plaza en primer término al “*aspirante designado 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. Pero debemos puntualizar que esa discrecionalidad técnica no es tan absoluta que suponga una patente de corso a favor de la Administración, sino 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).

En el caso sujeto a examen, resulta necesario atender a las consideraciones jurídicas establecidas en la Sentencia de 22 de septiembre de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 6ª, Rec. Ap. 1552/2004), en orden a fundamentar la nulidad de la resolución administrativa que originariamente había concedido la plaza al “*aspirante designado inicialmente*”.

Se deduce de ella (incorporada a los folios 30 y ss.) que, al “*aspirante designado inicialmente*”, se le habían otorgado seis puntos en el procedimiento primitivo en aplicación del mérito consistente en la experiencia en puesto de trabajo similar, ya que venía ocupando en comisión de servicios precisamente el puesto sujeto a concurso. Sin embargo, por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid, de 17 de abril de 2002, después confirmada en sede de apelación por la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de 15 de febrero de 2003, tal nombramiento en régimen de adscripción provisional fue declarado nulo a solicitud de otra funcionaria, “*por entender, en esencia, que no concurrían las razones de inaplazable necesidad y urgencia, exigibles de conformidad*

con la legislación vigente, para elegir tal forma de provisión de plazas en lugar del concurso de méritos que es la forma de provisión que mayores garantías de respeto a los principios de mérito y capacidad, constitucionalmente consagrados, aporta” (S. de 22/9/2005, al F.J. 2º).

Anulado aquel nombramiento por las razones expuestas, la Sala consideraba que valorar como mérito del aspirante designado inicialmente la experiencia acumulada durante la ocupación de la plaza anulada, hubiera supuesto incumplir de un modo indirecto la resolución judicial que había declarado la invalidez del otorgamiento de la plaza mediante comisión de servicios. Así, señala más adelante el mismo F.J. 2º,

«no se cumple tal fallo si pese a convocar dicho concurso de méritos se atribuye como “mérito específico” a uno de los candidatos, concretamente al mismo que se nombró para dicha comisión de servicios anulada por sentencia firme, precisamente el mérito específico de haber desempeñado dicho puesto y tener por tanto “experiencia en puesto similar” que el convocado. Porque con tal proceder, se está dando un cumplimiento meramente formal a la sentencia de esta Sala, pero se burla su contenido esencial que no era otro, según se expresa en la misma claramente, que proveer la plaza, cuando no se justifican las razones de urgencia e inaplazable necesidad, por un sistema que respete en mayor medida la igualdad de acceso de todos aquellos que quieran solicitar dicha plaza».

Atendido lo anteriormente expuesto, resulta fundamental a efectos del presente dictamen superponer las fechas de las sentencias relativas a la anulación de aquel primer nombramiento del aspirante designado inicialmente en régimen de comisión de servicios, con las del primer procedimiento selectivo, es decir, aquél que tenía por objeto resolver el concurso de méritos aaa, en concreto en lo relativo al puesto denominado jefe de Sección de Licencias, Adjunto a Departamento, del Departamento de Servicios Técnicos de la Junta Municipal de A.

La adjudicación de la plaza de referencia se produjo mediante Resolución de la Concejala Delegada del Área de Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de septiembre de 2002, resolución posterior, por consiguiente, a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid, de 17 de abril de 2002, que había anulado el nombramiento provisional, pero anterior a su confirmación en sede de apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Sentencia de 15 de febrero de 2003.

A juicio de este Consejo Consultivo, no cabe afirmar que el adjudicar la plaza esta vez en propiedad, resolviendo el concurso de méritos, al aspirante designado inicialmente, fuera una decisión poco razonable. Al respecto, nos parece fundamental tener en cuenta que, en la fecha en que se tenía que resolver el concurso (5 de septiembre de 2002), había recaído ya sentencia de anulación de la concesión de la plaza en comisión de servicios en la instancia (mediante S. de 17 de abril anterior), pero dicha decisión judicial no era firme (no lo fue hasta su confirmación mediante S. de 15 de febrero de 2003).

Sin necesidad de entrar en complejas disquisiciones sobre la eficacia de una sentencia recurrida, cuestión sobre la que, habida cuenta de las dudas y discrepancias que se suelen plantear en la práctica, no parece razonable exigir al órgano que resolvía el concurso un punto de precisión infalible, lo cierto es que esta misma circunstancia de no ser firme la resolución judicial también fue valorada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid al resolver también en primera instancia la concreta impugnación que se hizo contra la resolución administrativa que resolvió el concurso. En dicho sentido, su Sentencia de 20 de mayo de 2004, P.A. 103/2003 (págs. 24 y ss.), consideró que *“la valoración del tiempo desempeñado en adscripción provisional, procedimiento declarado nulo con posterioridad, es conforme a Derecho”*.

No se advierte, por consiguiente, que la decisión adoptada por la Administración en el sentido de otorgar la plaza al aspirante designado inicialmente estuviera incursa en clara falta de racionalidad, como sería menester para el éxito de la pretensión indemnizatoria ejercitada por el reclamante, no obstante su anulación posterior en sede jurisdiccional contencioso-administrativa.

QUINTA.- Lo anterior no quita que al funcionario reclamante se le abonen las diferencias retributivas posteriores, una vez que, en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de septiembre de 2005 en el recurso de apelación nº 1522/2004, se reunió de nuevo la Comisión de Valoración para acordar el nombramiento del reclamante en el puesto sujeto a concurso.

Para el análisis de las diferencias retributivas es sumamente relevante tener en cuenta que son dos las decisiones administrativas enmendadas jurisdiccionalmente. Sobre la primera de ellas, la adjudicación de la plaza objeto de concurso a aspirante distinto del reclamante, consideramos haber fundamentado suficientemente la improcedencia de la reclamación de diferencia retributiva, pues la decisión finalmente revocada había sido objeto de un primer pronunciamiento jurisdiccional que afirmaba la conformidad a Derecho de la adjudicación.

Existe, sin embargo, una segunda resolución administrativa, la de adjudicación al reclamante de la concreta plaza objeto del concurso de méritos, que es rectificada y revocada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al ordenar que al reclamante se le adjudique otra plaza distinta de aquélla, por entender que, en razón de las funciones, es la que procede adjudicar al reclamante. Pero en razón de esta resolución judicial, la Administración concede al reclamante la cantidad de 6.485,16 euros, apreciando diferencias retributivas en el tiempo comprendido entre el 28 de

septiembre de 2007, fecha del Auto que se ejecutaba y el 25 de junio de 2008. El reclamante no discute esta cantidad en su reclamación, planteada con una amplitud, que, por lo ya expuesto, resulta merecedora de desestimación.

Sin entrar a examinar aquí si la modificación de las funciones de la plaza objeto de concurso fue conforme a Derecho y si, por tanto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en su Auto de 28 de septiembre de 2007, acertó o no al ordenar, en ejecución de sentencia, la adscripción del funcionario a otra plaza distinta pero coincidente en funciones con la que había sido objeto del concurso en el año 2005, no considera este Consejo Consultivo que adjudicar al funcionario precisamente la misma plaza a la que aspiraba (esto es, la sujeta a concurso), fuese en su momento, anterior a la firmeza de dicho Auto, una decisión falta de razonabilidad y claramente antijurídica en términos y a efectos de generar responsabilidad patrimonial.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación patrimonial objeto del presente dictamen, al no concurrir el presupuesto de antijuridicidad del daño irrogado al reclamante.

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.

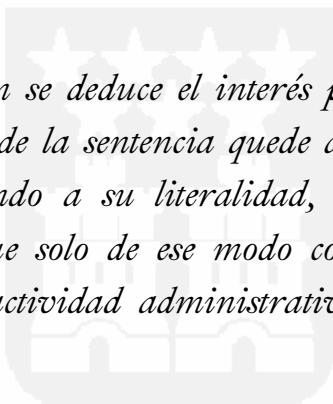
VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO.

«Formulo voto particular al amparo del artículo 15.3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 179/2013 de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de abril de 2013, por el que se acuerda estimar en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, en demanda de ser indemnizado en una cuantía de 37.692,55 €, cantidad en que valora los daños sufridos derivados de la anulación, mediante sentencia firme, de la resolución del concurso general de méritos aaa.

Comparto con la mayoría el rechazo a parte de la indemnización reclamada por estimar que la actuación de la Administración transcurrió en márgenes de racionalidad al otorgar la plaza al aspirante designado inicialmente con fecha 5 de septiembre de 2002, al no existir en aquel momento sentencia firme sobre la anulación de la valoración de los méritos que fundamentaban dicha designación.

Se plantea en el Dictamen una segunda cuestión, que obliga a examinar la resolución administrativa de adjudicación al reclamante de la concreta plaza objeto de recurso una vez anulada la primera asignación. Dicha resolución, fue analizada en incidente de ejecución de sentencia por el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26, de 28 de septiembre de 2007, estimando que no se ajustaba al fallo en tanto no se había tenido en cuenta que la modificación posterior de la RPT, había provocado alteraciones en la plaza objeto de concurso, de tal modo que la previsión legal de llevar a puro

y debido efecto la sentencia firme no se había conseguido con la resolución dictada por el Ayuntamiento, concretando que la ejecución exigía la asignación del puesto de trabajo 054101/001 que había sustituido en contenido y funciones al objeto de concurso sometido a enjuiciamiento. No se plantean por parte del Ayuntamiento reparos frente a la posible extralimitación en el referido incidente de ejecución, sobre cuestiones no controvertidas en el proceso ni resueltas en el fallo, asunto que se aborda en el propio Auto, por lo que habremos de entender que, la realización completa del fallo exigía la atribución de la plaza ddd/0001, al tratarse de una cuestión aneja a la planteada en el pleito y decidida mediante sentencia. En este sentido son relevantes las consideraciones del referido Auto en interpretación de la normativa reguladora de la ejecución de sentencias (artículos 103, 105 y 108 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa):

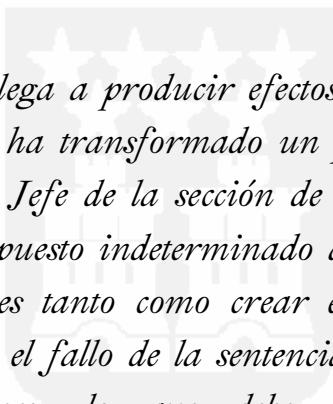


“De esta regulación se deduce el interés primordial de la ley en que el contenido del fallo de la sentencia quede definitivamente cumplido, y ello, no solo atendiendo a su literalidad, sino también a su sentido último, siendo así que solo de ese modo cobran significado el control jurisdiccional de la actividad administrativa, y el principio de tutela judicial efectiva.

No puede desde ese punto de vista, evitarse la adopción de resoluciones que, si bien no directamente ordenadas en el fallo de la sentencia, son consecuencia inmediata y directa del mismo, máxime, cuando es la propia administración la que ha impedido o impide, de forma activa, que esas consecuencias naturales de lo ordenado se produzcan.”

Concluido que el Ayuntamiento no se acomodó por completo a la ejecución del fallo, discrepo de la mayoría en la calificación de esa actuación y, contrariamente, entiendo que un mínimo de atención y cuidado hubiera

llevado a la Administración autora de la modificación operada en la RPT, a conocer que la alteración sufrida en la plaza objeto de concurso exigía la adjudicación de la plaza que se ajustaba en cuanto contenido y características a la que sustituía a aquella, elementos fundamentales del puesto de trabajo, frente a los que carece de importancia la formal denominación del puesto, que por coincidir con el inicialmente sacado a concurso, solo pudo confundir a la Administración en un proceso de ejecución de sentencia exento del más mínimo rigor, motivo por el cual , a mi juicio, su actuación no transcurrió dentro de márgenes razonables, derivándose de ello el carácter antijurídico de la lesión producida y por tanto indemnizable. El Auto de 28 de septiembre de 2007 del Juzgado Contencioso Administrativo nº26, va incluso más allá, abundando en el carácter deliberado de dicha actuación para obviar el cumplimiento de la sentencia al afirmar:



“..... Fallo que no llega a producir efectos porque la administración, de forma deliberada, ha transformado un puesto que ella misma sacó a concurso (ccc/001 Jefe de la sección de Industrias), en otro. La asignación a un puesto indeterminado del nombre y nivel a que se refería el concurso, es tanto como crear ex profeso un puesto para cumplir sucintamente el fallo de la sentencia, sin necesidad de cumplir con sus implicaciones, lo que debe considerarse absolutamente insuficiente”.

Por dicho motivo entiendo que las diferencias retributivas han de calcularse desde el 8 de mayo de 2006, fecha de la irregular e irrazonable asignación de la plaza realizada por la Comisión de Valoración designada para el concurso aaa.

Este es el voto particular que emito en Madrid, a 6 de mayo de 2013».

Madrid, 7 de mayo de 2013