

Dictamen nº:

312/14

Consulta:

Consejera de Educación, Juventud y Deporte

Asunto:

Responsabilidad Patrimonial

Aprobación:

16.07.14

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de julio de 2014, sobre la consulta formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por F.F.M.G. sobre daños y perjuicios derivados de un error en el reconocimiento de la antigüedad en la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se prorrogaron los listados definitivos de seleccionados en los procedimientos para la cobertura de plazas vacantes de determinadas especialidades de Enseñanzas de Grado Superior de Música, Danza y Arte Dramático y de los Estudios Superiores de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, Diseño Gráfico y Diseño de Interiores.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 19 de julio de 2013 fue presentada en el registro de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el reclamante, asistido por representación letrada, en la que solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios económicos derivados de un error en la Resolución de 12 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos, anulada judicialmente.

El reclamante relataba que es funcionario de carrera, profesor de música y artes escénicas desde el 1 de octubre de 1986 y que desempeñó la plaza de catedrático de saxofón en el Real Conservatorio Superior de Música de Madrid (RCSMM), en régimen de comisión de servicios, desde el 1 de octubre de 1993 (tras haber superado el oportuno concurso de méritos entonces convocado por el Ministerio de Educación) hasta el 31 de agosto de 2004, fecha en la que no se produjo la renovación de sus servicios en dicho puesto, produciéndose la adscripción como profesor en el centro Teresa Berganza.

Manifestaba que en los concursos convocados por la Consejería de Educación en el año 2004 no se tuvo en cuenta su antigüedad desde el 1993 sino desde el 2004, por lo que a pesar de ganar el concurso, no pudo continuar en la plaza de catedrático, manifestando: *“mi mandante impugnó su inclusión en las listas con antigüedad de 2004. La Resolución del Viceconsejero de Organización Educativa, de 26 de febrero de 2008, lo desestimó con base en el informe emitido por la Dirección General de Recursos Humanos (...)”*.

Igualmente expresaba que mediante Resolución de 12 de septiembre de 2007 se prorrogaron los listados definitivos de seleccionados en los procedimientos para la cobertura de *“plazas vacantes de determinadas especialidades de enseñanzas de grado superior de música, danza y arte dramático y de los estudios superiores de conservación y restauración de bienes culturales, diseño gráfico y diseño de interiores, para el curso académico 2007-2008”*; dicha resolución fue anulada mediante Sentencia nº 449/2011, de 23 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, y confirmada posteriormente por Sentencia nº 510/2012, de 13 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Resaltaba que en ejecución de dichas resoluciones judiciales se rectificaron los listados citados, y se dictó la Resolución de 17 de diciembre de 2012, reconociéndole una antigüedad desde 1993 en los listados de candidatos seleccionados para la cobertura de vacantes de grado superior de música, especialidad de saxofón, lo que a su juicio, determinó que el 20 de febrero de 2013 reingresara en la plaza de catedrático de saxofón del RCSMM.

Consideraba el reclamante que se le ocasionaron perjuicios al no haberse considerado en la elaboración de los citados listados, desde un primer momento, la fecha de la convocatoria de concurso de méritos para la provisión de puestos vacantes del Grado Superior de Música del año 1993 y que, de no haberse producido dicho error, hubiera continuado prestando sus servicios en el Real Conservatorio Superior de Música de Madrid (RCSMM) como catedrático desde el año 2004, año en el que no se le renovó la comisión de servicios que venía disfrutando desde 1993, con la consiguiente pérdida de emolumentos.

Solicitaba por ello una indemnización por importe de ciento dos mil quinientos diecisiete euros con veintinueve céntimos de euros (102.517,29 €), con el siguiente desglose:

- 19.308,34 euros por lucro cesante, derivado de la pérdida de emolumentos por la imposibilidad de permanecer como catedrático en el Conservatorio Superior de Música durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2004 y el 19 de febrero de 2013 y un importe no determinado, por lucro cesante derivado de la imposibilidad de consolidación de antigüedad, grado y carrera docente.
- 23.889,20 euros, por daños de carácter personal, físico y psíquico que requirieron tratamiento psicológico durante dos años.

- 50.000, por daños morales derivados de la pérdida de prestigio profesional y de estima personal.
- Incremento del 10% sobre la suma de las anteriores cantidades, en concepto de penalidades sufridas hasta la fecha de la reclamación.

Aportaba junto a su escrito de reclamación, copia de escritura de poder general para pleitos y poder especial otorgado a favor del representante del reclamante, las sentencias precitadas, diversas resoluciones administrativas, nóminas y copia del Certificado Médico Oficial, emitido por médico psiquiatra, de 7 de septiembre de 2005.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

1.- El reclamante, funcionario de carrera del cuerpo de profesores de música y artes escénicas de la Comunidad de Madrid desde 1986, ocupó una plaza de catedrático de saxofón en el RCSMM, en régimen de comisión de servicios, desde el 1 de octubre de 1993, siendo renovada anualmente hasta el 31 de agosto de 2004, fecha en que se acordó la no renovación de la comisión de servicios.

Con fecha 1 de septiembre de 2004 fue adscrito al Centro Teresa Berganza.

2.- El interesado interpuso recurso de alzada contra la no renovación de la comisión de servicios (según informe del Director General de Recursos Humanos de 28 de febrero de 2008) que fue inadmitido y acudió posteriormente a la vía judicial, lo que dio lugar a la Sentencia de 16 de abril de 2007 (núm. 160, procedimiento abreviado 614/05), dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Madrid.

En dicha Sentencia se ordenaba retrotraer las actuaciones al momento de comunicar al interesado con el suficiente detalle, las causas determinantes de la no renovación de la comisión de servicios.

En ejecución de dicha Sentencia se solicitó al RCSMM la emisión de un informe complementario al anterior emitido que era de fecha 18 de mayo de 2004, sobre las causas de la no renovación de la comisión de servicios.

El informe de 18 de mayo de 2004 expresaba:

“A la vista de los informes de la Jefatura de Estudios, atendiendo las numerosas quejas y protestas que se vienen repitiendo en los últimos años por un número considerable de alumnos, y habiendo recabado la opinión de algunos especialistas en la materia y colaboradores (pianistas acompañantes) sobre el comportamiento y la idoneidad para impartir la enseñanza del grado superior del profesor de Saxofón, (...), esta Dirección, tras sopesar debidamente las razones expuestas, considera que no sería conveniente la renovación de la comisión de servicios del citado profesor”.

El posterior informe, de 14 de marzo de 2008, emitido con ocasión de la ejecución de la Sentencia contenía:

“Con referencia al requerimiento de esa Dirección General, para emisión de informe detallado complementario del de 18 de mayo de 2004 sobre la no renovación de comisión de servicios del profesor en el Real Conservatorio Superior de Música de Madrid, F.F.M.G., este Centro abunda, en las causas que motivaron el informe enviado por esta Dirección al Servicio de Inspección Educativa de la Dirección de Área Territorial de Madrid-Capital.

Las reiteradas quejas de alumnos se recogen en un documento con fecha 14 de mayo de 2004 y registro de entrada en este Centro denunciando:

- Retrasos e incumplimiento del horario lectivo a través de interrupciones parciales o finalizaciones presuntamente obligadas por supuestos compromisos que le obligaban a salir mucho antes de la hora establecida; reduciendo estadísticamente el horario de atención individual a un promedio de 15 minutos semanales en lugar de la hora y media preceptiva.*
- Aparente falta de atención durante las clases, hojeando revistas o enviando mensajes por teléfono móvil, en el transcurso del escaso tiempo de dedicación a sus alumnos.*
- Presiones para evitar cursillos o clases particulares con otros saxofonistas por motivos pedagógicos.*
- Trato desconsiderado minando la autoestima con comentarios ofensivos sobre la inteligencia o aptitud de los alumnos.*
- Situación de indefensión ante quien ha de juzgarlos sin proporcionarles unos medios para su formación en la especialidad correspondiente en el actual currículo de Música.*

El escrito recoge la firma -con número de identificación personal- de 11 alumnos de Saxofón”.

3.- A la vista del anterior informe, el Director General de Recursos Humanos dictó Resolución de 25 de marzo de 2008, por la que declaró la improcedencia de la renovación de la comisión de servicios pretendida por el hoy reclamante: “motivándose tal improcedencia en el informe desfavorable que sobre su comportamiento docente emite el director del Real

Conservatorio Superior de Música. De este informe se transcribe su contenido literal (...).” (Ya transrito).

Contra dicha Resolución no consta que el reclamante interpusiera recurso alguno.

4.- Mediante Resoluciones de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, de 30 de agosto de 2004 y 16 de septiembre de 2004, se convocaron concursos de méritos para ocupar determinadas plazas vacantes en el RCSMM.

El reclamante participó en este proceso de provisión de puestos vacantes mediante concurso de méritos, resultando adjudicatario de una plaza de profesor.

5.- Por Resolución de 12 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, se prorrogó para el curso 2007/2008, y se ordenó la exposición pública de los listados definitivos de seleccionados en los procedimientos para la cobertura de plazas vacantes de determinadas especialidades de las enseñanzas artísticas, en la que se reconocía al reclamante una antigüedad desde 2004.

Contra la citada Resolución interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por Resolución del Viceconsejero de Organización Educativa, de 26 de febrero de 2008, con el siguiente tenor:

“Por Resolución de 12 de septiembre de 2007 del Director General de Recursos Humanos, que se impugna mediante el presente recurso de alzada, se ordena la exposición de las listas que incluyen los seleccionados de todos los concursos de méritos convocados hasta el presente curso escolar por la Dirección General de Recursos Humanos, incluyéndose también los seleccionados de las convocatorias

del Ministerio de Educación y Ciencia de las que esta Administración Educativa tiene constancia.

El recurrente, F.F.M.G. resultó seleccionado en el concurso de méritos de grado superior de música, por la especialidad “saxofón”, convocado por Resolución del Director General de Recursos Humanos de fecha 30 de agosto de 2004.

Los seleccionados de listas como la generada en el concurso precitado (aquí con un único seleccionado: F.F.M.G.), confluyen con otros candidatos de otra lista de la misma especialidad donde figuran los seleccionados de otras convocatorias precedentes. Concretamente, en la especialidad de Saxofón contamos con otros cuatro candidatos procedentes de la selección realizada en el concurso de méritos convocado por resolución de 27 de septiembre de 2002. Para la cobertura de las eventuales vacantes se atiende a la antigüedad en las listas. El llamamiento se hace considerando, en primer lugar, la lista más antigua y, dentro de ésta, teniendo en cuenta la puntuación en orden decreciente, obtenida por cada uno de los seleccionados. Las vacantes son cubiertas por los funcionarios de carrera en régimen de comisión de servicios, en principio con una duración máxima de un curso escolar, renovable.

Hay que hacer constar, por otra parte, que el fin que pretende la Administración Educativa con la convocatoria de estos concursos de méritos es el de contar con profesores que hayan demostrado la suficiente capacitación para impartir las enseñanzas de grado superior de música ante eventuales necesidades que puedan presentarse, y sin otro compromiso respecto de los seleccionados que el de mantener un orden de prelación en la de éstos. Hay que recalcar que la comisión de servicios tiene reglamentariamente un carácter

discrecional, que viene supeditada, en todo caso, a la propuesta favorable del centro de destino en el que va a desempeñarse aquella.

Esta Administración Educativa viene convocando concursos de méritos de grado superior de música desde el año 2001, una vez completado el proceso de transferencias en materia educativa de la Comunidad de Madrid. La comisión de servicios que desempeñaba F.F.M.G. y que ha sido objeto de sucesivas prórrogas, se concedió con anterioridad a las convocatorias de pruebas de grado superior de esta Administración, por lo que ha venido siendo disfrutada al margen de la inclusión del interesado en la lista de seleccionados para impartir enseñanza de grado superior, derivada de la convocatoria de 2004. No constan, por otra parte, en esta Dirección General de Recursos Humanos antecedentes relativos a la convocatoria a la que alude F.F.M.G. y en la que dice tener origen su renovada comisión de servicios”.

6.- Contra dicha desestimación el interesado interpuso recurso contencioso administrativo que fue resuelto mediante Sentencia nº 449/2011, de 23 de diciembre, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado nº 593/2008, por el que se estimó el recurso interpuesto y se declaró no ajustada a Derecho la actuación administrativa, ordenando a la Administración la rectificación de los listados definitivos de seleccionados en los procedimientos para la cobertura de plazas vacantes de determinadas especialidades de las Enseñanzas artísticas para el curso 2007-2008, y reconocer al interesado una antigüedad desde el año 1993.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de julio de 2012, confirmó la anterior.

7.- Finalmente, mediante Resolución de 17 de diciembre 2012, de la Dirección General de Recursos Humanos, ejecutó la Sentencia del Juzgado precitada, en los siguientes términos:

“Con efectos del día de la fecha, incluir [al reclamante] en los listados de candidatos seleccionados en los procedimientos para la cobertura de vacantes de Grado Superior de Música en la especialidad Saxofón, con una antigüedad referida a 1 de octubre de 1993 y, en consecuencia, excluirle de los mismos listados por su participación en la convocatoria del año 2004”.

8.- Con fecha 20 de febrero de 2013, el reclamante ocupó una plaza vacante de catedrático de la especialidad Saxofón en el RCSMM.

TERCERO.- Recibida la reclamación, con fecha 31 de julio de 2013, se notificó al reclamante requerimiento a fin de aportar: original o copia compulsada de la escritura de poder general para pleitos otorgado a favor de su representante; original o copia compulsada del certificado médico oficial aportado junto a su reclamación, así como cualquier otro informe médico en apoyo de su pretensión indemnizatoria; y determinar el importe indemnizatorio pretendido en concepto de lucro cesante derivado de la imposibilidad de consolidación de antigüedad, grado y carrera docente.

El reclamante cumplió el requerimiento mediante escrito presentado el 1 de agosto de 2013. Respecto a la determinación del importe indemnizatorio pretendido en concepto de lucro cesante, manifestaba que su aportación no constituía una condición exigida por norma alguna para tramitar su reclamación, remitiéndose a lo expuesto en su escrito de reclamación.

Se ha incorporado al expediente administrativo informe del subdirector de Gestión del Profesorado, de la Dirección General de Recursos

Humanos, de 27 de agosto de 2013 (conjunto documental documento 6) en el que manifestaba:

“(...) en cumplimiento de la Sentencia 449/2011, de 23 de diciembre de 2011, la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 17 de diciembre de 2012, que incluye al [reclamante] entre los seleccionados en los procedimientos para la cobertura de vacantes de grado superior de Música, con una antigüedad referida a 1 de octubre de 1993, no reconoce otros efectos diferentes de los derivados de su propia inclusión en las listas, en concurrencia con el conjunto de los seleccionados por la misma materia/especialidad/asignatura de convocatorias de otros concursos de méritos para cubrir vacantes o sustituciones que eventualmente pudieran producirse.

Los efectos administrativos del cumplimiento de la Sentencia se limitan a la propia inclusión del reclamante en las listas de grado superior con una antigüedad de 1 de octubre de 1993, sin que ello conlleve automatismo en la adjudicación de vacantes (puesto que la adjudicación se efectúa, en régimen de comisión de servicios con ocasión de vacante). Y en modo alguno, dicha inclusión genera efectos económicos.

Al recurrente, quien en virtud de su integración en las listas de grado superior de Música cubrió una vacante en comisión de servicios en el Real Conservatorio Superior de Música de Madrid en el año 2004, no se le renovó dicha comisión (en virtud de su carácter discrecional) en cursos posteriores, a la vista de los informes negativos que sobre su labor docente emitió la dirección del RCSM”.

Al anterior se adjuntaba informe comparativo en relación a las retribuciones abonadas al reclamante, y las que hubiera percibido como

catedrático del RCSMM durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2004 y 19 de febrero de 2013. De igual forma, se adjuntaban copia de los informes negativos respecto a la labor docente del reclamante, emitidos por la dirección del RCSMM, de 18 de mayo de 2004 y de 14 de marzo de 2008.

Con fecha 9 de abril de 2014, notificado el 16 de abril de 2014, se concedió trámite de audiencia al reclamante. En uso de dicho trámite, con fecha 22 de abril de 2014, presentó escrito de alegaciones en el que ratificaba lo manifestado en su escrito de reclamación inicial e indicaba que al haber transcurrido el plazo de resolución del expediente ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, que ha sido admitida a trámite en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procedimiento ordinario 268/14, Sección Décima.

Ultimada la tramitación, la instructora del procedimiento formuló propuesta de resolución, de 4 de junio de 2014, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que el reclamante no acredita la existencia de naturaleza y cuantía del daño que le provocó el error en la antigüedad que figuraba en los listados publicados mediante Resolución de 12 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos.

CUARTO.- La consejera de Educación, Juventud y Deporte, mediante Orden de 5 de junio de 2014, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 13 de junio siguiente, solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de julio de 2014.

A la vista de tales 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 (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (102.517,29 €), y a solicitud de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado a tenor del artículo 14.1 de la misma LCC.

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

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, al ser la persona que sufrió el daño que reclama.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, administración que dictó la resolución posteriormente anulada en vía judicial y sobre la que se alega constituye la causa del daño.

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. 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).

En el presente caso, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que confirma la anulación de la Resolución de 12 de septiembre de 2007, es de fecha 13 de julio de 2012, notificada el 20 siguiente, por lo que la

reclamación debe estimarse presentada dentro del plazo legal al haberse interpuesto el 19 de julio de 2013.

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 RPRP.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe de la Dirección General de Recursos Humanos, por lo que se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 del 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.

TERCERA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula el reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (Recurso 3261/2009):

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la

calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- En el presente caso, el daño que se alega en la reclamación sería en su caso consecuencia del funcionamiento del servicio público, ya que se trata de una resolución administrativa por la que se prorrogaron los listados definitivos de seleccionados en los procedimientos para la cobertura de plazas vacantes de determinadas especialidades de enseñanza, y que fue anulada por sentencia.

Debemos partir de que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”* (142.4 LRJ-PAC).

El desarrollo jurisprudencial de la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial administrativa en los supuestos de anulación de actos en vía

judicial, alude a que el derecho a una indemnización en tales casos no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurran los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que dicha responsabilidad no se puede excluir o admitir con criterios maximalistas.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2.010 (Sala Tercera, Sección 6^a, recurso 4508/2006): “*(...) el derecho a indemnización en tales casos no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurran los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, como señala la sentencia de 12 de julio de 2001, 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*”.

QUINTA.- El interesado solicita el resarcimiento de los daños económicos derivados de lucro cesante por la pérdida de emolumentos ante la imposibilidad de permanecer como catedrático en el RCSMM desde el 1 de septiembre de 2004 al 19 de febrero de 2013, así como los daños psíquicos derivados de tal situación.

Como analizamos a continuación, tales daños, para revestir el carácter de indemnizables en sede de responsabilidad patrimonial deben, además de resultar ciertos y determinados (pues reclama por lucro cesante), hallarse en íntima vinculación con la actuación administrativa anulada, guardando con ésta una relación causal directa.

Alega el reclamante que de haber sido reconocida la antigüedad del año 1993, tal y como señalan las sentencias que le son favorables, hubiera

accedido al puesto de catedrático, con unos emolumentos superiores a los que percibió. De la misma manera, entiende que los daños morales derivados de la lesión a su estima y prestigio profesional son consecuencia del apartamiento de su puesto de catedrático.

Lo que revela el análisis de los hechos recogidos en el presente dictamen, es que la actuación administrativa anulada que fijó una antigüedad errónea e inferior a la señalada jurisdiccionalmente, no fue la causa determinante de que el reclamante no pudiese acceder al puesto de catedrático, origen de los daños alegados. Así, para que el reclamante tuviera derecho a continuar en el año 2004, o a acceder a una adjudicación en el año 2007 a la plaza de catedrático en el RCSMM, con independencia de la antigüedad, otro factor, el informe de carácter favorable del director del centro condicionaba tal acceso. En este sentido las quejas reiteradas de los alumnos, la falta de interés demostrada por el enseñante y el trato desconsiderado, motivaron el informe desfavorable sobre su comportamiento docente del director del RCSMM, que impidió la renovación en el año 2004, así como, posiblemente la no adjudicación de la plaza en el año 2007.

La importancia del informe del director del centro, en los procesos de adjudicación de plazas en comisión de servicios, se plasma en las diversas resoluciones dictadas en las convocatorias de concursos de méritos de las enseñanzas artísticas superiores de música y danza, en que participó el reclamante.

Así en la Resolución de 12 de febrero de 2008, por la que se publicaba el concurso de méritos para la cobertura de necesidades de determinadas asignaturas de las enseñanzas de grado superior de música se establecía que:

“la provisión de puestos se hará en régimen de comisión de servicios, si son cubiertos con funcionarios del Cuerpo de Catedráticos de Música y Artes Escénicas o del Cuerpo de Profesores de Música y

Artes Escénicas. Estas comisiones de servicios serán para el curso escolar 2007-2008, pudiendo ser renovadas anualmente, mientras se mantengan las condiciones que originaron su puesta en funcionamiento y las plazas no sean cubiertas con carácter definitivo por concurso general de traslados y no conste informe desfavorable del Director del Centro o de la Inspección”.

Este informe, de carácter desfavorable en el caso que se analiza, se revela asimismo determinante en la decisión adoptada por la dirección del RCSMM, para no adjudicar la plaza en comisión de servicios al reclamante en el año 2007 (además de provocar el cese en el 2004); esta consideración se refuerza con lo que recoge la Resolución de 26 de febrero de 2008 que desestimó su recurso de alzada contra la resolución de 12 de septiembre de 2007 de la Dirección general de Recursos Humanos en la que se reconocía al reclamante una antigüedad desde 2004, y que expresamente menciona que “*la comisión de servicios tiene un carácter discrecional, que viene supeditada, en todo caso, a la propuesta favorable del centro de destino en el que va a desempeñarse aquella*”.

Dicho carácter discrecional y el hecho de que la adjudicación no dependiera en exclusiva de la actuación pública anulada, referente a la antigüedad a tener en cuenta, nos lleva a negar la existencia de una relación causa-efecto entre el daño que se alega y la actividad administrativa. Hay que recordar que “*entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración (...) sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa*”, (STS de 9 de julio de 2002 SR.7648). En íntima vinculación con la falta de relación causal, resulta que el lucro cesante alegado, por la pérdida de emolumentos ante la imposibilidad de acceder al

puesto de catedrático, en cuanto que no solo dependía de la antigüedad erróneamente aplicada por la Administración, deviene una mera expectativa, no indemnizable en sede de responsabilidad patrimonial tal y como en este sentido se mantenía en nuestro Dictamen 116/13 con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 (recurso 6259/1998).

Más concretamente, en lo relativo a su cese como catedrático en el año 2004, y a pesar de la sin duda pretendida confusión de que adolece la reclamación (entre el cese de 2004 y el reconocimiento de antigüedad en el 2007), además de la falta de vinculación con la antigüedad reconocida, la situación creada quedó consentida sin posibilidad de ser cuestionada en el momento actual.

Así, el reclamante recurrió judicialmente su cese en la comisión de servicios, lo que dio lugar a la Sentencia de 16 de abril de 2007, núm. 160 (Juzgado de lo Contencioso Administrativo 4).

Dicha Sentencia ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior de la emisión del informe acerca de las causas del cese y ocasionó la emisión de un nuevo informe ya referenciado y, en su virtud, a la Resolución del Director General de Recursos Humanos de 25 de marzo de 2008 que declaró la improcedencia de la renovación de la comisión de servicios *“motivándose tal improcedencia en el informe desfavorable que sobre su comportamiento docente emite el director del Real Conservatorio Superior de Música”*.

Contra dicha Resolución, dictada en ejecución de Sentencia, el interesado no presentó recurso alguno, por lo que se trata de un acto consentido y firme sin que la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sea una vía para atacar la legalidad de estos actos administrativos firmes ya sea por no haber sido recurridos en plazo o por

haber sido desestimados los recursos interpuestos contra los mismos (como ya expusimos en nuestro Dictamen 703/11).

Con respecto a la no adjudicación de la plaza resultante de la convocatoria de septiembre de 2007, de ninguno de los pronunciamientos judiciales posteriores emitidos con ocasión de los hechos que nos ocupan, puede desprenderse que el mandato judicial consista en la adjudicación de la plaza de catedrático, por lo que se viene a reiterar la falta de certeza del daño alegado y la ausencia de relación de causalidad con la actuación pública anulada.

Así, de la Sentencia de 23 de diciembre de 2011 que anuló la Resolución de 12 de septiembre de 2007 por no contener la antigüedad que correspondía al reclamante, no puede desprenderse, como se pretende, que éste tuviera derecho automático a ocupar la plaza.

El reclamante tiene tal pretensión, según argumenta, por lo dispuesto en el F.D. 4º de la Sentencia, en lo que pone énfasis. Dicho Fundamento recoge:

“El recurso, debe ser estimado, puesto que al haber sido anulado el acuerdo de no renovación de la comisión de servicios del año 1993, que había sido prorrogado sin interrupción durante diez años, el actor no debió ser cesado en agosto de 2004. Además, resulta que, inmediatamente, y sin dilación, fue nombrado nuevamente para ocupar una plaza de profesor en el mismo Real Conservatorio.

Por lo tanto, si se ha dejado sin efecto el cese de la comisión de servicios del año 1993, la antigüedad que debe ser reconocida al actor en la lista controvertida, y que constituye el objeto del presente procedimiento, es del año 1993”.

Sin embargo, el Fallo de la Sentencia establece:

“Estimando el recurso interpuesto por no ser ajustada a Derecho la actuación administrativa, debo anular y anulo la resolución impugnada, debiendo ordenar y ordenando a la Administración que rectifique los listados definitivos de seleccionados en los procedimiento para la cobertura de plazas vacantes de determinadas especialidades de las enseñanzas del grado superior de música, danza y arte dramático y de los estudios superiores de conservación y restauración de bienes culturales, diseño gráfico y diseño de interiores, para el curso 2007-2008, con una antigüedad del año 1993. No se realiza pronunciamiento en costas”.

Por ello la Sentencia no ordena en ningún caso la reincorporación del reclamante a la plaza de catedrático, sino exclusivamente la rectificación de su antigüedad reconocida.

Del mismo modo, la Sentencia de 13 de julio de 2012, dictada en recurso de apelación contra la anterior, y que la confirma, expresa que:

“en definitiva, y como sostuvo la Sentencia cuestionada, la antigüedad de referencia en el caso del apelado había de ser la de 1.993 y no, como se sostuvo en las resoluciones cuestionadas, la de 2.004, pronunciamiento que por todo lo expuesto era, en efecto, contrario a derecho y así procede declararlo confirmando la Sentencia apelada”.

De ninguno de estos fallos puede desprenderse como expresa el reclamante que *“se reconoce con la ejecución de la Sentencia la integración inmediata de mi mandante”* en el RCSMM, pues lo que se ordena es el reconocimiento de determinada antigüedad, que como ya ha quedado visto es un factor, pero no el único para determinar la adjudicación. En coherencia con esta tesis, el acto por el que se dio ejecución a la sentencia dictado por la Dirección General de Recursos Humanos el 17 de diciembre

de 2012, se limitó a reconocer dicha antigüedad en los siguientes términos: “*Con efectos del día de la fecha incluir a F.F.M.G. en los listados de candidatos seleccionados en los procedimientos para la cobertura de vacantes de Grado Superior de Música en la especialidad Saxofón, con una antigüedad referida a 1 de octubre de 1993 y, en consecuencia, excluirle de los mismos listados por su participación en la convocatoria del año 2004*”. En este sentido, la adjudicación al reclamante de una plaza de catedrático el 20 de febrero de 2013, se realiza al margen del proceso de ejecución de sentencia, posiblemente al considerar que junto con la antigüedad reconocida desde 1993, en dicho momento, la labor docente desarrollada como profesor en el RCSMM desde 2004, no merecían ningún reparo, contrariamente a lo ocurrido con anterioridad.

La discrecionalidad que caracteriza la comisión de servicios, abunda en la argumentación que se mantiene de desvincular la adjudicación del factor de la antigüedad. En este sentido, el artículo 64 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 General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (aplicable con carácter supletorio en el ámbito que nos ocupa), configura la comisión de servicios como una figura destinada a cubrir puestos de modo provisional y por el período de un año sin perjuicio de su posible prórroga en tanto no se cubra el puesto con carácter definitivo.

Por tanto, la existencia de una vacante es una circunstancia que puede darse o no, y además como mencionábamos, hay una amplia discrecionalidad en la adjudicación de un puesto en comisión de servicios reconocida jurisprudencialmente. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de junio de 2004 (recurso 790/2000), considera que:

“Nos referimos al hecho de que en ningún caso un funcionario público en situación de comisión de servicios tiene derecho a ser mantenido en el puesto de trabajo para el que se le comisionó hasta que se incorpore a dicha plaza su titular o sea reglamentariamente cubierta, y ello porque esa “anormal” técnica de provisión de puestos de trabajo en la función pública tiene una duración temporal limitada (el art. 64.3 del 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 de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, dice textualmente: “Las citadas comisiones de servicio tendrán una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto al puesto con carácter definitivo...”; y, además condicionada por la necesidad o urgencia de la cobertura del puesto de trabajo para el que se concede.

Si a esto añadimos que, aunque pueda tener un carácter voluntario, puede también ser impuesta por la Administración, siendo de obligada conclusión que no constituye un derecho de los funcionarios, sino una facultad de las Administraciones (el precepto reglamentario citado lo dice claramente en su apartado 1... “podrá ser cubierto”) integrada en su potestad de autoorganización, que goza de un alto grado de discrecionalidad”.

El hecho de que la adjudicación de la plaza en comisión de servicios constituya una potestad discrecional refuerza la postura que se mantiene de inexistencia de un derecho cierto a la adjudicación de dicha plaza, aún reconocida la antigüedad en virtud de Sentencia, que impide que los daños alegados tengan carácter indemnizable.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el reclamante al no guardar la necesaria relación de causalidad el daño alegado con la actividad administrativa.

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, 16 de julio de 2014

