

Dictamen nº: **47/10**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **24.02.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 24 de febrero de 2010, sobre solicitud formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados a N.V.S. al haber sido declarada desierta la plaza a la que optaba en concurso de traslado para el personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid, convocado por la Consejería de Presidencia.

La cuantía de la indemnización solicitada asciende a 31.028, 08 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 27 de enero de 2010 tuvo entrada en el registro de este órgano solicitud de dictamen preceptivo, firmada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en el asunto referido en el encabezamiento.

A dicha solicitud se le asignó como número de registro de entrada el 23/2010, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de conformidad con el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el próximo 3 de marzo de 2010.

Por reparto de asuntos, ha correspondido su ponencia a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, reunida en sesión ordinaria el día 24 de febrero de 2010.

SEGUNDO.- Del expediente remitido resultan de interés para la emisión del dictamen los siguientes hechos:

1.-Por escrito presentado en la Consejería de Presidencia el día 9 de febrero de 2009, la interesada reclama responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños ocasionados al haber sido declarado desierto el puesto nº aaa Titulado Superior, Área A, adscrito al Ente Público, Servicio Madrileño de Salud, al que optaba en el concurso de traslado para el personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid, convocado por la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, al haber renunciado al mismo por incompatibilidad la aspirante a la que se le había adjudicado provisionalmente .

A consecuencia de ello la reclamante solicita una indemnización correspondiente a la diferencia retributiva entre el salario percibido de 1.103, 31 € y el que debería haber cobrado de 2.272, 94 € desde la fecha en que se le tuvo que adjudicar la plaza, 1 de marzo de 2007, y la fecha en la que ocupó con carácter definitivo la misma, 15 de enero de 2009, lo que supone una indemnización de 31.028, 08 €.

2.- Mediante Orden 2493/2005 de 18 de noviembre de la Consejería de Presidencia, se convoca concurso de traslado para el personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid, cuyas bases se aprobaron por Resolución de la Dirección General de Función Pública de 2 de marzo de 2006, en la que se hace pública la composición de la Comisión de Valoración de aquél.

En el desarrollo de dicho concurso, con fecha 2 de junio de 2006, y previa reunión de 18 de mayo, (folio 29 del expediente administrativo), la Comisión de Valoración aprueba los listados provisionales de admitidos y excluidos (folio 27 del expediente administrativo).

3.- Con fecha 2 de noviembre de 2006, L.P.T., miembro de la Comisión de Valoración, como vocal de la organización sindical FSP-UGT, presenta un escrito mediante el cual renuncia a su solicitud del puesto de trabajo nº aaa, objeto de la convocatoria del concurso, que le había sido adjudicado provisionalmente, (folio 18 del expediente administrativo).

4.- Con fecha 2 de febrero de 2007, la reclamante dirige un escrito a la presidenta de la Comisión de Valoración del concurso de traslados, dando cuenta de la irregularidad que a su juicio supone que uno de sus miembros, L.P.T., hubiera resultado adjudicatario provisionalmente del puesto nº aaa al que aquélla también optaba. Trasladado este escrito a la vocal por la organización sindical FSP-UGT, la misma mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2007, pone en conocimiento de la Comisión de Valoración que, con fecha 2 de noviembre de 2006, había presentado su renuncia al puesto, y renuncia asimismo a su participación en la Comisión de Valoración, lo que fue comunicado a la reclamante con fecha 12 de marzo de 2007 (folios 14 y 17 del expediente administrativo).

5.- Ante dichas circunstancias, la Comisión de Valoración, en sesión del día 23 de febrero de 2007, se plantea que se revisen y, en su caso, se den por válidos los listados definitivos de admitidos y excluidos relativos al concurso de traslados , acordándose por unanimidad, según se hace constar en el acta de la sesión, dar los mismos por válidos con el mismo contenido que figuraba con anterioridad, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 28.3 de la LRJAP-PAC “*La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concorra motivo de*

abstención no implicará necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”.

6.- Con fecha 12 de abril de 2007, se publica en el BOCM la Resolución de 30 de marzo de 2007 de la Dirección General de la Función Pública, por la que se adjudican los destinos como consecuencia del concurso de traslados, constando el puesto nº aaa “*desierto por renuncia*”.

Frente a dicha Resolución la reclamante interpuso demanda ante la Jurisdicción Social, dictándose en el seno de los autos 402/2007, Sentencia de 5 de noviembre de 2007, del Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid en cuyo fundamento jurídico tercero se declara que “*la Comisión de Valoración no debió incluir en el listado provisional a L.P.T. por estar incursa en causa de incompatibilidad y en su consecuencia el puesto nº aaa debe retornar a la convocatoria del concurso para su adjudicación definitiva por la Comisión de acuerdo con las bases de la convocatoria*” (folio 95 del expediente administrativo).

Esta Sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de junio de 2008, dictada en recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid (folio 89 del expediente administrativo).

7.- En cumplimiento de las anteriores sentencias, con fecha 16 de diciembre de 2008, se modifica la Resolución de 30 de marzo de 2007 y se adjudica el puesto de forma definitiva a la reclamante.

TERCERO.- Mediante escrito del Jefe de Área de Inspección del personal de fecha 10 de marzo de 2009, se comunica a la reclamante el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y la suspensión del plazo del mismo para recabar los informes pertinentes (folio 7 del expediente administrativo).

De conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial, se notificó a la reclamante la apertura del trámite de vista del expediente y de audiencia, con el fin de que tuviese la posibilidad, en el plazo de quince días hábiles, de formular alegaciones, presentar los documentos o justificantes que estimara pertinentes y obtener copia de los documentos obrantes en el expediente. Dicha comunicación se intenta notificar hasta en cuatro ocasiones, publicándose finalmente por edictos.

En uso del mencionado trámite, la reclamante comparece y se le hace entrega de los documentos que solicita. Consta que con fecha 15 de septiembre de 2009 formula alegaciones en las que, en síntesis, manifiesta que dado que sólo ella y L.P.T. habían solicitado el puesto al que esta última renunció, la convocatoria no debía haberse dejado desierta, sino que debía haberse adjudicado a ella, habiendo sufrido un daño como consecuencia de dicha actuación incorrecta de la Administración.

Consta asimismo, el informe del servicio que se dice causante del daño, como exige el artículo 10 del Real Decreto 429/1993. En concreto se incorpora informe de la Subdirectora General de Planificación de Efectivos y Selección de 8 de abril de 2009 y de la presidenta de la Comisión de Valoración del concurso de traslado para el personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid, de fecha 23 de marzo de 2009 (folio 29 del expediente administrativo).

Con fecha 13 de noviembre de 2009, el Director General de Función Pública formula propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley.

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

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC.

Asimismo, la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, como titular del órgano a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Especial consideración merece el estudio de la presentación en plazo de la reclamación. La misma tuvo entrada en el registro de la Consejería de Presidencia el 9 de febrero de 2009, habiéndose dictado la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, del concurso de traslados en la que el puesto al que optaba se declaró desierto, el 30 de marzo de 2007, siendo publicada en el BOCM el 12 de abril de 2007.

Aunque *prima facie* haya transcurrido con creces el plazo para reclamar, debe tenerse en cuenta que por estos mismos hechos se había tramitado un proceso ante el orden jurisdiccional social.

La ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y en este sentido cabe traer a colación el artículo 1.973 del Código Civil, de aplicación supletoria, que dispone que “*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”.

Con carácter general la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resumida en la Sentencia de 9 mayo 2007, RJ 4953, considera que “*a título de ejemplo, en sentencia de 7 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6579) hemos afirmado que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como inidónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por las vías posibles para ello*

En virtud de ello, procede considerar que el ejercicio de la acción judicial en el ámbito social produjo interrupción del plazo, que comienza de nuevo a contarse desde la notificación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2008, por lo que la reclamación

presentada el 9 de febrero de 2009, debe considerarse presentada en el plazo legal al efecto establecido en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC. *"El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo."*

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evaucado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008) para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de actuaciones administrativas viciadas de validez, ha de precisarse que el artículo 142.4 de la LRJ-PAC acoge con el carácter de principio general la proposición 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.

Dicho principio general excluye que en todos los supuestos de invalidez y eventual anulación de la actuación administrativa pueda establecerse que dicha situación constituye *per se* un supuesto de responsabilidad patrimonial (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1993, 14 de octubre de 1994, 14 de julio de 1995 y 25 de enero de 1996, entre otras).

En consecuencia, en cada caso de reclamación por daño causado por una actuación administrativa ilegal, se requiere que la persona reclamante acredite la efectiva realidad de un daño material o lesión patrimonial que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, que el daño sea individualizado y económico evaluable y que se haya producido por la actuación administrativa inválida en una relación causal directa, exclusiva e inmediata.

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

- a) Los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de potestades regladas en las que, mediante la aplicación de datos objetivos hubiera debido declararse un derecho preexistente; y
- b) Aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de potestades discretionales en las que en la aplicación de la norma al caso, la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados.

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

En tanto que, en el supuesto en el que el acto invalidado dimane del ejercicio de potestades discrecionales o de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en los que la Administración goza de un margen de apreciación, en estos casos la persona afectada debe soportar el perjuicio siempre que la actuación administrativa (aunque de forma inválida) se haya mantenido dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir; y sólo cuando ello no ocurre aparecería el carácter antijurídico del daño.

Sobre la distribución de la carga de la prueba, cabe recordar que, ya en aplicación de la remisión normativa que se estableció en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*"semper necesitas probandi incumbit illi qui agit"*) así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*"ei incumbit probatio qui dicit non qui negat"*) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*"notoria non egent probatione"*) y los hechos negativos indefinidos (*"negativa non sunt probanda"*).

Por ello, este Consejo, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990 , 13 de enero , 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 y 21 de septiembre de 1998, de 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003 y 11 de noviembre de 2004, entre otras).

Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa procede analizar si es resarcible el perjuicio derivado al haberse dejado desierta la plaza adjudicada provisionalmente a quien no podía ocuparla por la incompatibilidad de su condición de miembro de la Comisión de Valoración, en lugar de haberla adjudicado a la reclamante.

Como hemos afirmado la nulidad de un acto no presupone el nacimiento de la obligación resarcitoria por parte de la Administración. En la Sentencia ya reseñada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1996, se afirma: *“El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa,*

siempre y cuando concurran los requisitos para ello, ya que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, 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.

Avanzando en esta línea argumental, en principio parece claro que los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación

de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos; en consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuricidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuricidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 octubre de 2006, cuando señala que “*En la interpretación de este precepto se viene manteniendo reiteradamente por el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 11 de marzo de 1.999, 13 de enero de 2.000 o 12 de julio de 2.001), que dicho artículo "sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos" establecidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que quepa "interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad". Esto es, dicho artículo "afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración" y que son la existencia de un hecho*

imputable a la Administración, lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio y que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad". Esta misma doctrina se encuentra en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2002 y en la Sentencia del la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife) de 9 de diciembre de 2004.

Queda fuera de discusión, por haberlo sentenciado así primero el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, siendo confirmada dicha Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 527/2008 de 30 de junio, que la decisión de la Comisión de Valoración de dejar desierto el puesto adjudicado provisionalmente fue incorrecta.

Ahora bien, de la nulidad de la Resolución de adjudicación no se deriva de modo automático la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la causación de un perjuicio consistente, según la interesada, en la diferencia entre los salarios percibidos y los que debería haber percibido desde que se dictó la solicitud hasta que se le adjudicó definitivamente el puesto, sino que, como veremos, es precisa la presencia del resto de los requisitos necesarios para hacer nacer la responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas, como ya hemos indicado.

Procede examinar, en primer lugar, la existencia, en su caso, del daño alegado. Con carácter general la existencia del lucro cesante es incierto *prima facie* en tanto en cuanto, como veremos, del fallo de la sentencia no se deduce como consecuencia necesaria que a la reclamante le correspondiera la adjudicación del puesto tantas veces citado.

El daño producido ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Al decir que el daño alegado ha de ser efectivo, el legislador establece que únicamente serán indemnizables los daños ciertos, ya producidos, no los eventuales o simplemente posibles, correspondiendo en este punto la carga de la prueba al reclamante, STS de 12 de mayo de 1998, STS de 11 de mayo de 1999 ó 18 de marzo de 2000, entre otras muchas.

En definitiva, nos encontramos ante un caso en el que se alega lucro cesante, sobre cuyo resarcimiento, vía instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

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

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

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

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998).

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

En este caso, como se desprende meridianamente de las sentencias dictadas en relación con el puesto de trabajo en litigio, la incorrecta actuación de la Administración viene referida a la circunstancia de haber dejado el puesto deserto, de manera que en el fallo de dichas sentencias no se establece la obligación de adjudicar el mismo a la reclamante, sino sólo de proceder a la adjudicación del puesto entre quienes aspiraron al mismo, y de acuerdo con las bases de la convocatoria. Nada más. Lo que no implica necesariamente, en teoría, que dicha plaza fuera obligatoriamente adjudicada a la reclamante.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, no lo es menos que, por lo que resulta del expediente administrativo, la reclamante fue, junto con L.P.T., la única

aspirante a dicho puesto y que debía contar con los requisitos mínimos para ser adjudicataria, ya que no consta en las listas de excluidos de conformidad con lo establecido en el acta nº 3 de la Comisión de Valoraciones que obra a los folios 8 y 9 del expediente administrativo. El hecho de que la reclamante reunía los requisitos para ser adjudicataria del puesto se ve confirmado, además, porque con fecha 16 de diciembre de 2008 se le adjudica dicho puesto.

De todo lo anterior se desprende que la circunstancia que origina el daño causante del daño alegado por la reclamante es la demora en la adjudicación del puesto, que finalmente le correspondió, y que es imputable a la Administración, y que dicha demora es generadora de un daño efectivo al haberse confirmado que el puesto le hubiera podido ser adjudicado el 30 de marzo de 2007.

SEXTA.- Sentada la existencia de relación de causalidad y daño, cabe plantearse la antijuridicidad del mismo.

Debe examinarse si la Resolución por la que se adjudican los puestos del concurso de traslados, se dictó con parámetros de racionalidad, motivación suficiente y fundamentación fáctica y jurídica que enervan la existencia de antijuridicidad del daño.

En este sentido puede traerse a colación lo dispuesto en la Sentencia de 4 mayo 2007, RJ 2007\8320. *“como también señala la doctrina de este Tribunal, aún siendo cierto que toda denegación administrativa de una petición, ocasiona o puede occasionar alguna clase de perjuicio al solicitante, este perjuicio no debe ser imputado a la Administración, por la sola razón de que el correspondiente órgano jurisdiccional anule el acto administrativo al estimar no legalmente correctos los fundamentos que sirvieron de base al acto impugnado, pues no es aceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que siendo opinables dentro de la relatividad*

que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del derecho, y en base a ello considere que son los más adecuados a la legalidad vigente, atribuyendo a la Administración en todo caso la correspondiente responsabilidad cuando tales criterios, lógicos y prudentes, no prosperan en la revisión judicial”

En este caso, a pesar de que la renuncia al puesto por causa de incompatibilidad se produjo con anterioridad a la aprobación de los listados definitivos, en fecha 2 de noviembre de 2006, dicho puesto se declara desierto sin más fundamentación que la señalada en el acta de 23 de febrero de 2007, considerando de aplicación el artículo 28. 3 de la LRJAP-PAC, que permite la conservación de los actos en los que hubieran intervenido autoridades o personal en los que concurra causa de abstención. Precepto que sin embargo no empece para que producida la renuncia al puesto, el mismo quede vacante para otros concursantes.

Por otro lado la justificación hecha valer en la propuesta de resolución trayendo a colación la base 8.5 del concurso, amén de ser una motivación *ex post*, lo cierto es que tampoco sirve para justificar el error en la actuación administrativa, por cuanto dicha base se refiere al carácter irrenunciable y vinculante de la propuesta definitiva de adjudicación de destinos y a la prohibición en el caso de admisión de renuncias a los puestos de trabajo afectados se adjudiquen debiendo considerarse desiertos, refiriéndose siempre a la adjudicación definitiva y no a la provisional.

Por otro lado la propia sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid refieren que “*se puede afirmar que el hecho de que formara parte L.P.T. como miembro de la comisión de valoración no es una circunstancia sobrevenida, sino simultánea al concurso, hecho objetivo y conocido que en modo alguno puede tener la consideración de fuerza mayor a los efectos de la base 8.5 de*

la convocatoria pues de este modo se está declarando desierta en forma irregular y artificiosa una plaza, sustrayéndola del concurso y por tanto de la participación y adjudicación de la mismas a otras trabajadores (...) Si resulta de la certificación del Director general de la Función pública que la renuncia de L.P.T. tuvo lugar mediante escrito de fecha de entrada de 7 de noviembre de 2006, no se explica ni tiene sentido que se le adjudique de forma provisional la plaza en el listado de fecha de 24 de noviembre de 2006”.

Por lo tanto considera este Consejo que el daño reviste el carácter de antijurídico.

SÉPTIMA.- Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso la reclamante solicita que se le indemnice con la cantidad de 31.028,08 € correspondientes al lucro cesante por la diferencia de salarios, percibido y debido de percibir, desde la fecha en que se le tuvo que adjudicar la plaza (1 de marzo de 2007) y la que ocupó con carácter definitivo (15 de enero de 2009).

En este caso el daño resulta acreditado en el expediente administrativo, y por tanto es indemnizable, no así su cuantificación.

Efectivamente, no se acompaña al expediente ningún documento acreditativo del salario que correspondería a cada uno de los puestos de trabajo y los conceptos que los mismos incluirían, no pudiendo darse por buenas sin más las afirmaciones de la reclamante, por lo que este Consejo no puede pronunciarse sobre el importe de la indemnización a satisfacer, que deberá efectuarse teniendo en cuenta como día inicial el 7 de mayo de 2007, en que la Resolución de 30 de marzo de 2007 tendría efectos, según se

indica en la misma, y el 15 de enero de 2009, en que la Resolución de adjudicación a la reclamante surtiría efectos.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes,

CONCLUSIONES

Primera: Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Segunda: No es posible proceder a la concreta valoración del daño al carecer de la información necesaria para ello, aunque debe de hacerse según lo expuesto en la consideración jurídica séptima.

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, 24 de febrero de 2010