

Dictamen nº: **523/09**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.12.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de diciembre de 2009, sobre solicitud formulada por la Consejera de Educación, 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 E.G.H. al no haber sido incluida, a efectos de recolocación, en el censo de profesores afectados por la reducción de unidades escolares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en la Consejería de Educación el día 4 de diciembre de 2008, la interesada, mediante representante legal, reclama responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños ocasionados por su falta de inclusión, a efectos de recolocación, en el denominado censo de profesores afectados por la reducción y/o transformación de unidades escolares, derivado del Acuerdo para el mantenimiento del empleo, de fecha 4 de julio de 2002, adoptado como consecuencia de la implantación del sistema educativo derivado de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo.

A consecuencia de la citada situación, la reclamante solicita una indemnización correspondiente a las retribuciones dejadas de percibir desde

el 2 de octubre de 2003, fecha en que solicitó la inclusión en el censo de profesores a efectos de recolocación, hasta el 15 de septiembre de 2005, fecha de su jubilación, retribuciones que cifra en sesenta y dos mil trescientos ocho euros con noventa y tres céntimos (62.308,93 €).

Acompaña al escrito de reclamación, copias de Sentencias a las que se hará referencia en el antecedente segundo; tablas salariales correspondientes a Convenios Colectivos de los años 2003, 2004 y 2005 de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos; nóminas de la actora correspondientes a 2003; Acuerdo de 4 de julio de 2002 para el mantenimiento del empleo en los Centros Concertados para el curso 2002/2003; y poder general para pleitos a favor de la representante de la actora, otorgado en fecha 4 de octubre de 2004.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

La interesada, Profesora de Primaria y Primer Ciclo de Secundaria y con antigüedad de 1 de octubre de 1963, prestaba sus servicios en un centro educativo privado concertado.

Como consecuencia de la implantación, con carácter general, de todas las enseñanzas reguladas por la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) a partir del curso 2001/2002, las organizaciones sindicales más representativas de la enseñanza privada concertada y la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, en previsión de la posible pérdida de puestos de trabajo que pudiera ocasionarse, suscriben con fecha 4 de julio de 2002, el Acuerdo para el mantenimiento del empleo en los centros concertados para el curso 2002/2003. La vigencia del Acuerdo se inicia con la firma del mismo y concluye el día 31 de agosto de 2003, fecha de finalización del curso escolar 2002/2003.

Entre las medidas contempladas en el Acuerdo se encontraba el abono por parte de la Administración educativa del 60% de la indemnización legal por extinción de la relación laboral, la inscripción en un censo de trabajadores afectados por la reducción o transformación de unidades escolares, y el abono de una indemnización adicional para aquellos que, habiendo estado incorporados al censo, hubieran cumplido 50 años y hubieran sido perceptores de la primera indemnización.

La Orden 2628/2003, de 21 de mayo (BOCM número 136, de 10 de junio de 2003), modificaba los conciertos educativos de los centros docentes privados y establecía los nuevos accesos al régimen de conciertos para el curso 2003/04. En el Anexo I de esta Orden constaba la extinción total del concierto suscrito con el centro escolar donde la interesada trabajaba.

Como consecuencia de ello, la empresa para la que prestaba sus servicios procedió a tramitar un expediente de regulación de empleo, por causas económicas, consistentes en la no renovación del concierto educativo para el siguiente curso escolar, por falta de *ratio*, lo que impedía el mantenimiento de los puestos de trabajo. Con fecha 25 de agosto de 2003, la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, dictó resolución en expediente de regulación de empleo autorizando la extinción de las relaciones laborales con todos los trabajadores del centro.

El 27 de agosto de 2003, la empresa comunicó a todos los trabajadores que con fecha 31 de agosto quedaba extinguida la relación laboral, remitiendo a la Comunidad de Madrid, relación de profesores afectados por la extinción de los conciertos educativos, a efectos de su recolocación. No obstante, el 3 de septiembre de 2003, la empresa comunicó a la reclamante, la extinción de su relación laboral con efectos del 15 de septiembre de 2003 dejando sin efecto la remitida el 27 de agosto anterior, en virtud de la autorización contenida en la Resolución del expediente de

regulación de empleo dictada por la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, informándole que en su momento le sería abonada la correspondiente liquidación por la Consejería de Educación. Consta en el expediente que la interesada percibió la prestación contributiva por desempleo desde el 16 de septiembre de 2003 hasta el 15 de septiembre de 2005, fecha en que se jubiló anticipadamente.

El 2 de octubre de 2003, la interesada formuló solicitud para ser incluida en el censo de profesores de centros en crisis, si bien la Comunidad de Madrid entendió que los derechos reconocidos a los trabajadores en virtud de los Acuerdos de 4 de julio de 2002, no eran de aplicación, motivo por el cual aquélla inició procedimiento judicial ante la Jurisdicción Social, que concluyó mediante la Sentencia 581/2005, de 28 de junio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de los Social, obteniendo el reconocimiento de la aplicación de los mencionados Acuerdos.

Tras la Sentencia, que devino firme el 23 de febrero de 2006, nuevamente solicitó su inclusión en el censo de profesores afectados por la reducción y/o transformación de unidades escolares a los efectos de su recolocación, el 31 de enero de 2007, mediante reclamación previa. Transcurrido el plazo de silencio administrativo sin contestación alguna por parte de la Administración educativa, formula demanda, correspondiendo al Juzgado de lo Social número 31, que dictó la Sentencia 190/2007, de 8 de mayo de 2007, desestimando sus pretensiones.

Contra dicha Sentencia interpuso la demandante recurso de suplicación, que fue resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 873/2007, de 30 de octubre de 2007, revocando la resolución judicial recurrida y “*declarando el derecho de la demandante a estar incluida en el censo de profesores afectados por la reducción y/o transformación de unidades escolares previsto en el apartado*

3 del Acuerdo entre las organizaciones más representativas de la enseñanza privada concertada y la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, para el mantenimiento del empleo en los centros concertados para el curso académico 2002/2003, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a incluir efectivamente a la demandante en el citado censo". Esta última Sentencia adquirió firmeza el 5 de diciembre de 2007 y devino firme el 11 de enero de 2008.

TERCERO.- Por Orden 16/2009, de 9 de enero, de la Consejera de Educación de la Comunidad de Madrid, se dispone la admisión, a efectos de tramitación, de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Se han incorporado al expediente los antecedentes documentales de la reclamación previa a la vía laboral, con objeto de ser incluida en el censo de profesores, así como Informe del Director General de Becas y Ayudas a la Educación, de 22 de diciembre de 2008, en el que se informa de la imposibilidad de cumplir con el fallo de la Sentencia por la incompatibilidad de la inscripción de la recurrente en el censo de recolocación, con su situación de pensionista por jubilación. En relación a la reclamación de responsabilidad patrimonial se señala que aunque la inscripción en el censo se hubiera producido, es probable que la recolocación no hubiera tenido lugar, por lo que se informa desfavorablemente la estimación de la reclamación.

En fase de instrucción, se ha recabado información del Instituto Nacional de Empleo, del Ministerio de Trabajo e Inmigración, cumplimentada por escrito de 17 de febrero de 2009, indicando las cuantías de la prestación contributiva por desempleo, percibidas por la interesada desde el 16 de septiembre de 2003 hasta el 15 de septiembre de 2005 (documento 9).

De conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (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 diez días hábiles, de formular alegaciones, presentar los documentos o justificantes que estimara pertinentes y obtener copia de los documentos obrantes en el expediente. En uso del mencionado trámite, la representante legal de la reclamante solicita copia de algunos de los documentos, que son remitidos por el órgano instructor, con fecha 18 de mayo de 2009. No consta que haya formulado alegaciones.

El día 19 de octubre de 2009, la Jefa del Área de Recursos de la Subdirección General de Régimen Jurídico formula propuesta de resolución desestimatoria que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Educación.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante orden de la Consejera de Educación, de 3 de noviembre de 2009, que ha tenido entrada el día 5 del mismo mes, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. Consejero D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de diciembre de 2009.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por la Consejera de Educación, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

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

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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, goza la Comunidad de Madrid de legitimación pasiva, por cuanto que el censo en el que debía haber sido inscrita la reclamante y cuya ausencia de inscripción le ha causado, supuestamente, el daño invocado, es de su titularidad.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, a contar desde la ocurrencia del hecho que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

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”*. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una reclamación judicial. La interesada reclamó, primero con carácter previo a la vía laboral, y después en el ámbito judicial, su incorporación al censo de profesores previsto en el tantas veces citado Acuerdo de 4 de julio de 2002. La cuestión se resolvió en suplicación, como ha quedado explicitado en los antecedentes de hecho, por la Sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 873/2007, de 30 de octubre, que devino firme el 5 de diciembre de ese mismo año, firmeza declarada el 11 de enero de 2008, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 4 de diciembre de 2008.

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 evacuado 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*

terminos 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 económico e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en 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 económico 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.

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre -recurso 3071/03- y 2 de noviembre de 2007 -recurso 9309/03- y 7 de julio de 2008 -recurso 3800/04-).

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa procede analizar si es resarcible el perjuicio derivado de la no inclusión en el censo de profesores, a efectos de recolocación, previsto en el Acuerdo, de 4 de julio de 2002, para el mantenimiento del empleo en los centros concertados para el curso 2002/2003.

Queda fuera de discusión, por haberlo establecido así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 873/2007, de 30 de

octubre, que ha devenido firme, que la reclamante tenía derecho a ser incluida en el meritado censo de profesores.

Ahora bien, de este derecho a ser incluida en el censo no se deriva de modo automático, como pretende inferir la reclamante, que la vulneración del mismo dé lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración por la causación de un perjuicio consistente, al decir de la interesada, en los salarios dejados de percibir desde que solicitó su inclusión en el censo hasta la fecha de su jubilación, salarios que le hubiera reportado un hipotético empleo que habría obtenido de haber sido incorporada al censo en cuestión.

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 de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditada la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, 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-).

A la vista de la jurisprudencia expuesta, podemos afirmar que no ha quedado acreditado en el expediente que las retribuciones dejadas de obtener fueran ciertas. Más bien lo contrario. La incorporación al censo de profesores creado a efectos de recolocación de los que perdieron su empleo, como consecuencia de la supresión de los conciertos educativos que la implantación de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo llevó consigo, no aseguraba la adquisición de un empleo, sino que tan solo lo posibilitaba, por lo que no cabe hablar más que de una expectativa de ganancia o una mera hipótesis, sin que se haya aportado al expediente

ningún elemento, ni siquiera indicio, de que dicha posibilidad se hubiera materializado de haber sido incluida en el censo.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por falta de acreditación del daño alegado.

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, 2 de diciembre de 2009