

Dictamen: **588/13**  
Consulta: **Consejera de Educación, Juventud y Deporte**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **04.12.13**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría en su sesión de 4 de diciembre de 2013, emitido ante 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 M.C.M.H. (en adelante “*la reclamante*”), sobre los daños y perjuicios derivados del error en la calificación de examen de concurso-oposición al cuerpo de maestros de la Comunidad de Madrid.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de abril de 2012, la reclamante presentó escrito en el que solicitaba la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, en relación con los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del error en la calificación de su examen de acceso al cuerpo de maestros, en su especialidad de Educación Infantil, convocado por Resolución de 7 de enero de 2005, del director general de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Empleo.

En su escrito, la reclamante manifestaba que participó en el concurso-oposición para el ingreso en el referido cuerpo por el turno de reserva para minusvalía, y que no figuró en la lista de aprobados publicada el 7 de julio de 2005. Ante tal circunstancia solicitó la revisión de su examen, revisión

que no detectó ningún error según documento del presidente del Tribunal, que le fue entregado el 11 de julio.

Posteriormente interpuso recurso de alzada ante el director general de Recursos Humanos, que fue desestimado mediante resolución de 25 de octubre de 2005. Contra dicha Resolución, interpuso recurso contencioso administrativo, que fue resuelto por Sentencia de 21 de octubre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual estimó el recurso, anulando la resolución recurrida por incorrecta y errónea valoración del examen de la reclamante, que habría de considerarse superado.

Frente a dicha Sentencia, la Comunidad de Madrid interpuso recurso de casación, el cual fue desestimado mediante Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2011.

Consideraba la reclamante que por todo ello se le ocasionaron diversos daños y perjuicios. Respecto a los perjuicios económicos, refería los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia letrada en su intervención ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, por importe de 3.000 euros, más el importe correspondiente al informe pericial presentado como prueba (1.392 €), y 300 € en concepto de representación por procurador (según escrito de ampliación).

Sumaba a los anteriores importes los correspondientes a las retribuciones no percibidas en concepto de trienios y sexenios por una cuantía total de 7.372,80 euros; dicha cantidad corresponde a la que consideraba debió percibir por tales conceptos desde noviembre de 2006 (expresa que el curso 2005/2006 habría sido el de prácticas y en el mes de octubre de 2006 habría sido nombrada funcionaria).

Refería también perjuicios administrativos en relación a la antigüedad que en la actualidad tendría de haber sido nombrada funcionaria en su

momento, lo cual afecta a la elección de destino y concursos de traslados en el período en que ejerció como funcionaria interina.

Por último, refería daños y perjuicios morales en relación a la depresión y ansiedad sufridas, y aumento de peso por la que estuvo en tratamiento psiquiátrico y por la que permaneció en situación de baja entre el 5 de enero y el 17 de abril de 2006; además añade en el mismo concepto de daños morales el esfuerzo en la preparación del examen de acceso durante otros dos años más, y el perjuicio de haber permanecido dos años más como interina.

Solicitaba por todo lo anterior, una indemnización por importe de 35.000 euros, rectificada posteriormente a la cantidad de 27.889,73 €.

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

La reclamante, de 44 años en el momento de los hechos, participó en el proceso selectivo para el acceso al cuerpo de maestros en la especialidad de educación infantil y por reserva para minusvalía, convocado en virtud de resolución de 7 de enero de 2005, del director general de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Empleo.

La lista de aprobados fue publicada el 7 de julio de 2005, en la cual no figuraba la reclamante, por lo que presentó reclamación ante el presidente del Tribunal que fue desestimada mediante escrito de 11 de julio de 2005.

La reclamante, con fecha 28 de julio de 2005, interpuso recurso de alzada impugnando las calificaciones obtenidas en fase de oposición, solicitando nuevamente la revisión de su examen, recurso que fue desestimado mediante resolución de 25 de octubre de 2005, del director general de Recursos Humanos. Contra ésta última resolución, interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia

de Madrid, alegando que el Tribunal examinador incurrió en un error en su valoración.

Por Sentencia de 21 de octubre de 2009, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimó el recurso, anulando la resolución recurrida por incorrecta y errónea valoración del examen de la reclamante que debía considerarse superado teniendo en cuenta su condición de minusvalía, turno por el que optaba. No se contenía pronunciamiento expreso sobre condena en costas.

Contra la anterior Sentencia, la Comunidad de Madrid interpuso recurso de casación, el cual fue desestimado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2011 (recurso 2477/2010), con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Por Resolución de 2 de abril de 2012, la Dirección General de Recursos Humanos resolvió ejecutar la citada sentencia, declarando que la reclamante ha superado el concurso-oposición para ingreso en el cuerpo de maestros que fue convocado por Resolución de 7 de enero de 2005, por el turno de reserva por minusvalía, por la especialidad de educación infantil.

Mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ECD/1924/2012 de 4 de septiembre, (B.O.E. de aaa de 2012), al que compete el nombramiento y expedición de títulos de funcionarios de carrera en el ámbito de las enseñanzas escolares del sistema educativo (Real Decreto 34/2004, de 27 de febrero), a propuesta de la Consejería de Educación y Empleo en ejecución de sentencia, se retrotraen los efectos del nombramiento de funcionaria de carrera del cuerpo de maestros al 1 de septiembre de 2006.

La reclamante también participó en el proceso selectivo de ingreso en el cuerpo de maestros convocado por Resolución de 7 de marzo de 2007, por la especialidad de educación infantil, por el turno de reserva por

minusvalía, en el que fue seleccionada y posteriormente nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo de Maestros, por ESD/3045/2008, de 13 de octubre, del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, con efectos de 1 de septiembre de 2008. Igualmente ha estado trabajando como funcionaria interina del cuerpo de maestros en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2005 y el 1 de septiembre de 2007, fecha en la que es nombrada funcionaria en prácticas como consecuencia de haber superado el procedimiento selectivo convocado por Resolución de 7 de marzo de 2007.

Por otra parte se abonó a la reclamante, en la nómina correspondiente al mes de diciembre de 2012, en cumplimiento de la sentencia ya mencionada, el importe de 7.110,27 €, en concepto de trienios y sexenios.

Por último constan como períodos en los que estuvo de baja laboral, de 5 de enero a 17 de abril de 2006, y de 16 septiembre 2013 hasta una fecha que se desconoce.

**TERCERO.-** A causa de la referida reclamación se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y 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 (en adelante, RPRP).

Con fecha 20 de abril de 2012, se practicó requerimiento a la reclamante, a fin de acreditar el importe indemnizatorio pretendido, y aportar informes médicos acreditativos de las secuelas alegadas, a lo cual da cumplimiento mediante escrito presentado el 3 de mayo de 2012, a través del que aporta: informes clínicos de atención primaria y de

psiquiatría, partes de baja y de alta laboral, gráfica de evolución de peso y minutas de honorarios de perito judicial y de letrada.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por la directora general de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Empleo, 22 de junio de 2012, en el que ponía de manifiesto, tras relatar los trámites administrativos seguidos que

*“ (...)Décimo: A efectos de poder cumplir la sentencia de fecha 21 de octubre de 2009, se ha propuesto al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, se proceda a retrotraer el nombramiento de funcionaria de carrera del Cuerpo de Maestros a [la reclamante] a la fecha de 1 de septiembre 2006.*

*En cuanto al reconocimiento de los servicios prestados a efectos de trienios y sexenios, en cuanto el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte proceda a nombrarla funcionaria de carrera con efectos de 1 de septiembre de 2006, seguidamente se regularizarán los efectos económicos y administrativos al efecto.*

*Undécimo: Con todo, el nexo causal pretendido por la representación de la recurrente entre la actuación de la Administración y el daño producido (que la situación anímica de [la reclamante] deriva directamente de la actuación administrativa) no parece haber quedado suficientemente determinado.*

*En consecuencia, esta Dirección General considera que la reclamación patrimonial no debe ser aceptada en los términos planteados por la parte recurrente”.*

Con fecha 11 de julio de 2012, se notificó a la reclamante la apertura del trámite de audiencia. En uso de dicho trámite, el 20 de julio, presentó escrito de alegaciones en el que ratificaba lo manifestado en su reclamación, y solicitaba copia de diversos documentos obrantes en el

expediente, los cuales le fueron facilitados el 31 de julio de 2012 (informe de la directora general de Recursos Humanos y orden de inicio de tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya notificado con anterioridad).

A la vista de la documentación remitida a la reclamante, el 31 de agosto de 2012 presentó nuevo escrito de alegaciones en el que ratificaba nuevamente lo expresado en su escrito de reclamación, y mostraba su disconformidad con el informe emitido por la directora general de Recursos Humanos. Considera que están probados los daños que reclama, tanto económicos como morales; estos últimos referidos no solo a la depresión que sufre sino también al *“hecho muy grave de tener que estudiar otros 2 años en la situación en la que me encontraba de depresión y con tres hijos adolescentes, en una situación de minusvalía que me exige más esfuerzo que cualquier persona en buen estado, lo que me supone un plus de esfuerzo”*.

Con fechas 21 de marzo, 30 de mayo y 5 de agosto de 2013, se solicitó al Servicio de Gestión del Profesorado de Educación Infantil, Primaria y Especial la emisión de informe respecto a las cantidades abonadas a la reclamante, como consecuencia de la retroacción de su nombramiento como funcionaria a efectos de 1 de septiembre de 2006. Dicho informe, emitido con fecha 16 de septiembre de 2013, recogía el abono de 7.110,27 euros en la nómina de diciembre de 2012 en ejecución de la sentencia y por los conceptos de trienios y sexenios; igualmente que dicha cantidad no se corresponde con la que por tales conceptos solicita la interesada habida cuenta que ésta incurre en el error de considerar todos los meses del cómputo como del mismo valor cuando lo correcto es aplicar a cada mes la cantidad correspondiente a los conceptos de trienios y sexenios que se hayan aprobado en la correspondiente Ley General Presupuestos para ese año.

El 26 de septiembre de 2013, se notificó a la reclamante la apertura de nuevo trámite de audiencia. En uso de dicho trámite, el 7 de octubre siguiente, presentó escrito de alegaciones en el que: mostraba su conformidad con la retroacción de los efectos de su nombramiento a 1 de septiembre de 2006, así como a los efectos económicos en concepto de trienios y sexenios; solicitaba nuevamente el resto de los perjuicios económicos que reclamaba ya que, expresa, se le han abonado las costas derivadas del recurso de casación pero no así las que corresponden al procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia. Insistía en el daño moral ocasionado y la enfermedad psiquiátrica, que persistía a fecha del escrito de alegaciones, ya que sufría una nueva recaída que acreditaba mediante parte de baja médica de 16 de septiembre de 2013.

Formalizado el trámite de audiencia, la jefa del Área de Recursos formuló propuesta de resolución, de 15 de octubre de 2013, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

**CUARTO.-** La consejera de Educación, Juventud, y Deporte mediante Orden de 17 de octubre de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 30 de octubre siguiente solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 4 de diciembre de 2013, por cinco votos a favor y tres votos en contra, con el voto particular discrepante que se recoge a continuación del dictamen.

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

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (27.889,73 €), 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.-** La 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 Supremo que desestima el recurso de casación y confirma la Sentencia que declaró nula la

Resolución del director general de Recursos Humanos de 25 de octubre de 2005, es de fecha 21 de diciembre de 2011 por lo que (aún cuando desconocemos la fecha concreta de notificación) la reclamación debe considerarse interpuesta en plazo al haberse presentado el 2 de abril de 2012.

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 directora general de Recursos Humanos sobre los hechos en que se basa la reclamación. Con ello, se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 RPRP en el sentido de recabarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Del mismo modo, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

**TERCERA.-** Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula la 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 consecuencia del funcionamiento del servicio público, ya que se trata de una resolución administrativa que desestima el recurso de alzada presentado contra la calificación en los exámenes de un concurso oposición.

La cuestión que resulta procedente examinar a continuación es la relativa a la eventual existencia de un título que imponga a la reclamante el deber jurídico de soportar el daño ya que solo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 LRJ-PAC). Específicamente además *“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 concurren 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 2010 (Sala Tercera, Sección 6ª, recurso 4508/2006):

*“(…) el derecho a indemnización en tales casos no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurren 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; 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”.*

Ello conduce a que el Tribunal Supremo, en una consolidada jurisprudencia, concluya que *“nuestra jurisprudencia, dado lo que dispone el inciso primero del art. 142.4 de la Ley 30/1992, y antes el art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, niega la antijuridicidad del daño si la resolución administrativa luego anulada (...) fue reflejo de una interpretación razonada y razonable de las normas jurídicas que aplicó”* (STS de 21 de febrero de 2012, RC 624/2010).

De este *“juicio de razonabilidad”* parte la propuesta de resolución para desestimar la reclamación presentada; considera así que no resulta procedente su estimación ya que la decisión administrativa sobre la calificación de la opositora pertenece al campo de la *“discrecionalidad técnica”* de los tribunales selectivos y se ha ejercido en unos márgenes razonables y razonados.

A este respecto, la jurisprudencia viene tratando los casos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en el ejercicio de facultades discrecionales y señala que *“es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...) Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva*

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

En este sentido, en primer lugar debemos dejar sentado que (como ya expusimos en nuestro Dictamen 116/13) esta discrecionalidad técnica no es tan absoluta que suponga una patente de corso a favor de la Administración, sino que, fruto de una progresiva matización de la jurisprudencia tradicional, puede ser controlada sobre la base de los principios de tutela judicial efectiva y de fiscalización universal de los actos administrativos ante los jueces y Tribunales, en relación con el concepto mismo de Estado de Derecho. En el mismo sentido, la STS de 18 de febrero de 2013, recurso 5655/2011).

Seguidamente, y por lo expuesto, en el caso que nos ocupa la pretensión de estimación de responsabilidad patrimonial, no puede enjuiciarse sin tomar en consideración las razones que llevaron a anular judicialmente la resolución administrativa por la que se desestimó el recurso de alzada presentado por la interesada contra la calificación de sus exámenes en el proceso selectivo.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró nula la resolución por la que se declaró a la hoy reclamante suspensa en la prueba de acceso al cuerpo maestros, recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre la discrecionalidad técnica y señala:

*“(...) la doctrina de la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora a dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando ello existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto. En definitiva, se necesita algo más que una divergencia de criterio con el sostenido por el órgano calificador y este elemento complementario viene expresado por la quiebra del principio de igualdad en el trato o atribución de puntuaciones arbitrarias o desproporcionadas. Igualmente, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 215/1991, ha señalado que la disconformidad con el criterio de las Comisiones evaluadoras sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento del principio de igualdad de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas consagradas en los artículos 23.2 y 103.2 de la Constitución”.*

Ello sentado, en el proceso se realizó un prueba pericial por perito insaculado que comparó el examen de la recurrente hoy reclamante y el de otra opositora que coincidía en nombres y apellidos, y llegó a la conclusión que ambos son aptos para una calificación de notable, de modo que según la Sentencia: *“a la vista de los exámenes no tiene por qué existir objetivamente una gran diferencia en la calificación a favor de la segunda”*, y extrae como consecuencia que *“queda acreditado que el Tribunal incurrió en un error al valorar el examen escrito de la recurrente, pues su examen es de notable, cuando le bastaba un aprobado*

*pues optaba por plaza de minusvalía, lo que determina la necesidad de estimar el presente recurso contencioso administrativo”.*

Por su parte el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación expresó que:

*“Lo que no pueden hacer los órganos judiciales en dicho control es sustituir el criterio del Tribunal Calificador, que es libre respecto a la Administración que les ha nombrado, por el suyo propio; pero sí que pueden, como aquí ha ocurrido, basándose en las pruebas practicadas, especialmente la pericial, anular o sustituir las valoraciones del Tribunal Calificador, cuando se demuestra en el proceso que aquellas son incorrectas y contrarias a los principios antes citados, pudiendo valerse el recurrente de cuantas pruebas en derecho sean admisibles. (...) Por todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso de casación pues la Sala de instancia ni ha sustituido el juicio técnico del tribunal calificador, ni ha vulnerado la jurisprudencia aplicable a la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, sino que ha actuado correctamente puesto que, tras valorar y apreciar la prueba pericial practicada, consideró acreditada la existencia de un error en la calificación del examen de la demandante por parte del tribunal del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Maestros y, en consecuencia, procedió a la revisión jurisdiccional de la valoración que le fue conferida”.*

Sobre estos avatares debemos ahora plantearnos si la actuación administrativa se extralimitó de tal modo que ocasionó un daño antijurídico que el particular no tiene el deber de soportar.

Del examen de las sentencias recaídas en el proceso que derivó en la anulación de la calificación que se otorgó a la reclamante, no podemos sino concluir que efectivamente la actuación administrativa no fue razonable.

Tal consideración en realidad deviene obligada: si, como no resulta contradictorio, el órgano judicial solo puede anular una decisión de valoración de un examen de acceso a un cuerpo de funcionarios (discrecionalidad técnica) cuando haya existido una actuación arbitraria o un error manifiesto, dicha anulación conlleva el reconocimiento de la existencia de un error de tales características. La sentencia que anula el acto y que resulta confirmada en casación, recoge expresamente que solo puede sustituirse la discrecionalidad técnica en los supuestos de *“error manifiesto”*, *“quiebra del principio de igualdad en el trato”* o *“atribución de puntuaciones arbitrarias o desproporcionadas”*, y por tanto adjetiva como tal el error cometido en la calificación del examen de la recurrente y la anula.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia dictada en el recurso de casación presentado, recoge este criterio de la Sala de instancia, y además expresa que los tribunales pueden anular las valoraciones del tribunal calificador *“cuando se demuestra en el proceso que aquellas son incorrectas o contrarias a los principios antes citados”* (igualdad, mérito y capacidad).

Un error de tales características choca frontalmente con la exigible razonabilidad en la decisión administrativa, y por tanto debe reconocerse la existencia de responsabilidad patrimonial administrativa derivada de la errónea calificación de la prueba de acceso.

Además la propia propuesta de resolución reconoce que la calificación otorgada por los tribunales de oposiciones se presume *iuris tantum*, *“dada la especialización e imparcialidad de dichos órganos al tratarse de expertos en la materia, si bien dicha presunción podrá destruirse si se acredita infracción del órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado (...)”*, lo que, como hemos dicho, es precisamente la

fundamentación de la Sentencia para anular la calificación del examen de la interesada.

En adición a ello, si además de postulados jurídicos descendemos al supuesto fáctico, lo cierto es que la interesada fue calificada con un 2,8750 de nota media, mientras que la comparación con otro examen de puntuación 8,9550 concluyó en que ambos eran aptos para una calificación de notable; a ello debemos añadir que a la reclamante le bastaba con un cinco para aprobar dado que le era aplicable la reserva de plaza para personas con minusvalía y era la única que se presentaba por esta vía, aspecto que el tribunal calificador no respetó. Tal circunstancia ahonda en poder calificar como manifiesto el error cometido y, como decíamos, apreciar la existencia de responsabilidad administrativa.

La jurisprudencia por otra parte ha admitido la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración en diversos supuestos en los que se declaró vulnerado el derecho del interesado al acceso a la función pública.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (Sala Tercera, Sección 6<sup>a</sup>, recurso 10783/98) por daños derivados de la anulación por sentencia firme de las bases de la convocatoria de un concurso oposición aprobado por el Ayuntamiento de Pineda de Mar para la provisión de dos plazas de cabo de la Policía municipal, o en la Sentencia de la misma Sala y Sección de 21 de octubre de 2004 (recurso 2830/2000), por daños derivados de la anulación de un nombramiento como catedrático.

Igualmente en la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de septiembre de 2004 (recurso 4325/2000), en la que puede verse:

*“Por otro lado, no cabe soslayar que fue precisamente el funcionamiento del Ayuntamiento demandado el que propició que la*

*recurrente se viera abocada a acudir a la vía jurisdiccional en demanda de sus legítimos derechos; siendo así que tal actuación tiene claramente su causa en una responsabilidad directa de la Administración aquí demandada en un funcionamiento que ha de calificarse inequívocamente de anormal al nombrar funcionaria a una aspirante que no reunía la titulación requerida en las Bases de la Convocatoria”.*

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 (recurso 261/2006), en el que, como consecuencia de la falta de expedición y entrega por parte de la administración de un título profesional, se consideró que:

*“Hay en él una obvia frustración, no necesitada como tal de prueba alguna, cual es la propia de quien esforzándose en superar unos determinados estudios ve después la inutilidad del esfuerzo. Acompañada de una sensación no menos obvia de desamparo, de ausencia del amparo debido, prometido o esperado a partir del solo establecimiento y reglamentación de los estudios, pues la inutilidad del esfuerzo, o su inutilidad durante el largo periodo de tiempo transcurrido desde el año 1990, no surge por cualquier causa o circunstancia, o no por una que el interesado esté obligado a soportar, sino por la incomprensible pasividad de la Administración en remediar una anómala situación sólo creada por ella”.*

O también puede encontrarse en alguna decisión de otros Consejos Consultivos, como el de la Comunidad Valenciana que se refiere a tal supuesto en sus dictámenes de 1 de junio de 1998:

*“la lesión indemnizable se fundamenta en "el retraso" con que se produjo la incorporación de la aspirante al puesto de trabajo, la que no tuvo lugar hasta el día 13-2-97, siendo la causa inicial y determinante del daño económico sufrido, el error del Tribunal*

*Calificador, que mostró el defectuoso funcionamiento del servicio público, en este caso, de acceso a la función pública”, o en el de 19 de octubre de 2000: “existe un nexo causal entre el comportamiento descrito de la Administración autonómica y el hecho de que el aspirante en dos procesos selectivos -uno estatal y otro autonómico para igual cuerpo funcional y especialidad- no pudiera en aquel momento, por lo menos, optar por el que mejor conviniera a su interés”.*

Por último, debemos rechazar la parca argumentación de la propuesta de resolución cuando considera que *“con el recurso de alzada interpuesto por la interesada (...) no se acreditó con ningún documento o prueba, ni tampoco se deduce de los documentos obrantes en el expediente, arbitrariedad o desviación de poder”*. Decimos que tal criterio no debe admitirse, habida cuenta que la calificación como manifiesto error de la calificación de los exámenes, en realidad procede del contenido de las sentencias dictadas en el asunto (además de no constituir una carga para la interesada una vez que ésta ha alegado la existencia del daño que considera antijurídico).

**QUINTA.-** Una vez estimada la existencia de responsabilidad patrimonial procede determinar si el daño que alega la interesada debe aceptarse como lesión indemnizable en sede de responsabilidad patrimonial de la administración.

En primer lugar, se solicitan los siguientes conceptos indemnizatorios: perjuicios económicos derivados de los gastos de la asistencia letrada en la instancia (3.000 €), representación por procurador (300 €) y del perito judicial (1.392 €), y perjuicios morales por la depresión y ansiedad derivadas de su situación personal, que además la provocó un aumento de peso, el esfuerzo por volver a preparar las oposiciones durante dos años, el

perjuicio por estar trabajando como funcionaria interina lo que le suponía estar cada año en un centro nuevo y ser la última en elegir curso.

En lo referido a los gastos derivados del proceso seguido en la instancia, que constan abonados, debe entenderse su procedencia habida cuenta que la reclamante, para obtener la anulación del acto administrativo que le provocó el resultado dañoso, se vio obligada a acudir a la vía judicial, con el consiguiente coste, por lo que, acreditada en el presente caso mediante la Sentencia dictada en el proceso, una actuación manifiestamente irrazonable de la administración, los costes derivados de la necesidad de acudir al auxilio judicial deben considerarse indemnizables.

Por otra parte, respecto del daño moral, la propuesta de resolución niega la existencia de daño indemnizable por este concepto, habida cuenta que no considera que haya quedado probado que la depresión y ansiedad que padece la interesada tenga una directa relación con la situación derivada de su situación administrativa.

Resulta procedente realizar diversas matizaciones. En primer lugar que la existencia de un daño moral indemnizable como consecuencia de no haber sido nombrada funcionaria en septiembre de 2006 (fecha a la que posteriormente se retrotrajeron los efectos de su nombramiento), no dependerá exclusivamente de la aceptación o no como reflejo de ese daño moral de la existencia de una enfermedad depresiva. Es decir, con independencia de ello podría existir un daño moral derivado de la situación personal de la reclamante que estuvo sin ejercer sus funciones de maestra cuando injustamente fue privada de dicho derecho (como realmente alega); a este aspecto no se refiere la propuesta de resolución.

Además ya expresábamos en nuestro Dictamen 465/13 respecto de la existencia de daños morales, que aun cuando la administración niegue la existencia de dichos daños, se ha de recordar que no puede exigirse la prueba con el grado de certeza aplicable a los daños patrimoniales o a los

físicos. Así, en el ámbito penal se viene estableciendo que el llamado “*pretium doloris*” no necesita prueba “(...) cuando deviene de los hechos declarados probados” –Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 5ª) de 12 de mayo de 2010 sin que sea necesario que ese daño moral “(...) tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas” – sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 16 de mayo de 1998 y 27 de enero de 2001-. En términos similares los dictámenes de este Consejo 181/10, de 30 de junio y 4/11, de 19 de enero.

Ello sentado, debemos mencionar en primer lugar que “*El concepto de "daño moral" (borroso, relativo e impreciso, como recuerda la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 2006) alude al que es causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral (misma sentencia). De éste, susceptible de subdividirse en tantas subcategorías como bienes y derechos lo integran, forma parte, como valor que sustenta y fundamenta todos los demás, el de la dignidad de la persona, mencionado en primer término en el artículo 10.1 nuestra Constitución. Para ésta, la dignidad es un atributo de la persona, un valor, un bien jurídico, un derecho inherente a ella del que es titular siempre y en todo caso por el solo hecho de serlo, de ser persona. Tal valor, como recordó pronto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC número 53/1985, en su FJ. 8), se halla íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad; la dignidad, dijo entonces dicho Tribunal, "es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"* (Sentencia el Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009, Sala Tercera, Sección 4ª, recurso 261/2006).

En el caso que nos ocupa, la situación que le impidió a la interesada ser nombrada funcionaria cuando debió serlo, ha tenido que influir en su esfera personal de modo directo; no podemos obviar que se vio abocada a

preparar y participar en otro proceso selectivo, a estar en situación de funcionaria interina y no titular, con las consecuencias que ello supone en cuanto limitación de destinos, así como la incertidumbre de su futuro laboral, siendo además una persona con minusvalías y, según alega, cargas familiares. A ello se añade que es perfectamente posible que tal situación influyera en la depresión de la que fue tratada desde enero de 2006.

Igualmente, la jurisprudencia ha admitido la existencia de un daño moral en supuestos parecidos.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (ya citada) puede verse que:

*“De todas maneras, en el caso que nos ocupa nuestra Sala entiende que un daño moral ha habido, y admitir que el cambio de situación derivada de la anulación, la necesidad ulterior de concurrir a nuevas pruebas selectivas, etc., ha causado un daño psíquico que incluso ha podido trascender al ámbito familiar de los reclamantes, creándoles una situación incómoda también en el ámbito profesional que no tenían el deber de soportar. Y debemos decir -por subrayar la singularidad del caso, que en modo alguno consideramos generalizable a otros supuestos de anulación de nombramientos de funcionarios subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria- que en esta convicción a la que ha llegado nuestra Sala ha resultado determinante la singularidad misma del vicio de que adolecía la convocatoria, y por la que ésta fue anulada”.*

En el mismo sentido en la Sentencia 21 de octubre de 2004 (recurso 2830/2000 también citada) se trataba de un catedrático removido indebidamente de tal cargo, respecto al que la Sentencia expresaba:

*“sin perjuicio de que el daño moral que la recurrente alega y como decimos en aquella Sentencia de 1 de abril de 2.003 haya de*

*ser apreciado sobre la base de la existencia de un cambio profesional derivado de la anulación del acto administrativo, con la necesidad ulterior de concurrir a nuevas pruebas selectivas como Catedrático que, evidentemente, se aprecia como determinante de un daño moral con transcendencia en el ámbito familiar y de relaciones personales de la recurrente y que no tenía el deber de soportar”.*

**SEXTA.-** Estimada la existencia de un daño moral indemnizable, procede realizar su valoración.

Como ha quedado visto, los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, y por tanto derivados de las lesiones de derechos inmateriales, no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal, aun cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria.

Por ello, no hay parámetros objetivos a los que ajustarse y la subjetividad en este caso es inevitable en el intento de realizar una ponderación razonada de las circunstancias del caso (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de febrero de 2.003, recurso 707/1999, o la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 – Sala Tercera, Sección 6<sup>a</sup>, recurso 4285/2001).

Ello sentado, hay que tener en cuenta que la reclamante participó en el proceso selectivo convocado mediante resolución de 7 de enero de 2005, y que debió ser nombrada funcionaria en septiembre de 2006, nombramiento cuyos efectos (tras superar la convocatoria siguiente y ser nombrada funcionaria en octubre de 2008) no se retrotrajeron hasta la resolución la Dirección General de Recursos Humanos de 2 de abril de 2012, con efectos prácticos desde septiembre de ese año.

Con estas premisas estimamos adecuada una indemnización en la cantidad de 3.000 € en concepto de daños morales.

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

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada e indemnizar a la reclamante en la cantidad de 4.692 € en concepto de perjuicios económicos, más 3.000 € por los daños morales causados.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

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

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 588/13 que emite este Consejo con fecha 4 de diciembre de 2013, por el que se acuerda estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial sometida a consulta en una cuantía de 7.692 €, formulo al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de

Madrid, Voto Particular, expresando mi parecer contrario a dicha conclusión, en la que como ponente, he expuesto el parecer de la mayoría.

Comparto con ella que, dado que la actuación de la Administración consultante no transcurrió por márgenes razonables, ha de ser indemnizada la reclamante por el daño moral sufrido que, por ser de naturaleza antijurídica, no tiene la obligación de soportar. Discrepo por el contrario de que la indemnización alcance a los gastos procesales que tuvo que afrontar por el recurso contencioso administrativo que se vio obligada a iniciar ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para anular la resolución generadora del daño, por contrariar una jurisprudencia que de manera inalterable desde hace años, afirma con rotundidad que los gastos procesales tienen una vía de resarcimiento en la condena en costas del proceso judicial y nunca en sede de responsabilidad patrimonial de la administración.

Aun cuando la jurisprudencia no es fuente formal del ordenamiento en nuestro sistema jurídico, pues no crea normas ni produce derecho positivo, no se puede olvidar la trascendencia normativa que desempeña, al corresponderle la función de complementar y remodelar el ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 1.6 del Código Civil y se dice expresamente en la exposición de motivos del título preliminar de dicho texto legal de 1974, en justificación de su inclusión en el Capítulo y artículo específicamente dedicado a “*Fuentes del Derecho*”.

De seguir la Administración el criterio plasmado en el Dictamen, y en la medida en que se contraviene la interpretación realizada por la jurisprudencia sobre el resarcimiento de las costas procesales en sede de responsabilidad patrimonial de la administración, dicha actuación pública, a mi juicio, no se ajustaría al criterio rector establecido en el artículo 103 del texto constitucional que impone el sometimiento pleno de la actividad pública a la ley y al Derecho.

Varios son los motivos señalados por la jurisprudencia que se oponen al resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial de los gastos realizados en vía judicial.

1º.- Los gastos procesales se resarcen con la condena en costas, no siendo idónea la vía de reclamación patrimonial de la administración.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 (Recurso 2776/1991):

*“Tal pretensión ha de rechazarse por cuanto, como acertadamente señala la sentencia apelada, tales gastos están integrados en el concepto de costas procesales y al no haberse efectuado especial condena sobre tal extremo a ninguna de las partes cada una debe soportar las por ella causadas en el referido proceso por haberlo así dispuesto la sentencia en su día recaída, sin que tal pronunciamiento pueda ser alterado por la vía de la acción de responsabilidad puesto que el pronunciamiento sobre quién debe pagar los gastos procesales es una parte esencial del fallo judicial que ha adquirido el carácter de cosa juzgada.”*

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2001(recurso 156/1999):

*“Y por ello, este Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada ya desde antiguo (SSTS 3 de mayo de 1977 [RJ 1977, 2688], 17 de marzo de 1978 [RJ 1978, 2661], 29 de octubre de 1980 [RJ 1980, 3995] y 17 de septiembre de 1985) y el propio Consejo de Estado, por todos, en el dictamen núm. 52915, de 2 de marzo de 1989 o en el 2394/1995, de 16 de noviembre de 1995, han venido manteniendo que «los gastos procesales tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas y nunca fuera de las mismas, y si no existiera pronunciamiento expreso*

*sobre costas, las allí causadas son imputables a cada una de las partes litigantes, sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada en el momento en que ello era posible”.*

Sentencia de 31 de mayo de 2004 (recurso 1136/2000):

*“... ni tampoco con respecto a los honorarios de abogados y procuradores que intervinieron en el anterior procedimiento en que se anuló el Acuerdo municipal que ordenó la paralización de las obras, pues la doctrina jurisprudencial es concluyente al afirmar que estos gastos procesales tienen su traducción propia en el concepto legal de costas, sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada en el único momento en que ello era posible”.*

Esa jurisprudencia se ha seguido manteniendo. Así, se recoge en la de Sentencia de 5 febrero 2008 (Recurso: 155/2004):

*“A lo que debe añadirse que no faltan sentencias, como la de 18 de abril de 2000 ( RJ 2000, 3373) que cita las de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993, 579) y 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9530), en las que se indica que los derechos y honorarios abonados por los recurrentes a abogados y procuradores para obtener la nulidad de los acuerdos causantes del perjuicio deben quedar fuera del «quantum» indemnizatorio y que ha de estarse al pronunciamiento sobre costas, que incluye en su caso los honorarios de peritos”.*

2º.- Condena en costas mediando temeridad o mala fe.

El régimen de los gastos procesales producidos en los procesos judiciales contencioso administrativos regidos por la legislación anterior, que, *ratione temporis* es aplicable al proceso seguido por la reclamante, implicaba que cada parte pechaba con sus gastos salvo que mediara, por

apreciación del órgano juzgador, temeridad o mala fe. Bajo dichos condicionantes la reclamante decidió la interposición de la acción judicial.

Los conceptos de temeridad y mala fe, implican una actitud dolosa en la parte que ejercita la acción judicial que van más allá de la teoría del margen de tolerancia que se maneja en la responsabilidad patrimonial de la administración para estimar que se ha producido un daño antijurídico, y por tanto indemnizable, cuando la Administración ha actuado fuera de márgenes razonables. Es ajeno a dicho concepto el mantenimiento de la pretensión a sabiendas de su ilegalidad propio del ejercicio con mala fe o temerario (como ha señalado la jurisprudencia, litigante temerario es aquel que sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es o en contradicción con un claro, explícito y terminante texto legal STS de 18 mayo 1992 - Recurso 1766/1991-).

En el caso objeto de Dictamen, la Administración mantuvo la resolución anulada, por entenderla ajustada a derecho apoyándose en que la decisión administrativa sobre la calificación de la reclamante pertenecía al campo de la discrecionalidad técnica de los tribunales selectivos no susceptible de control ulterior, pretensión que fue rechazada en el proceso judicial, al estimar que esa discrecionalidad cede ante errores ostensibles como el que concurría, rectificando la calificación concedida. El Dictamen ha estimado que la actitud de la Administración no ha transcurrido por márgenes razonables, pues para blindar la calificación que el Tribunal calificador otorgó a la reclamante, se ampara en un concepto profundamente equivocado de lo que ha de entenderse por discrecionalidad técnica. Comparto dicha argumentación pues la Administración debería conocer que la discrecionalidad técnica no implica ausencia absoluta de control, sino que ha de ceder ante errores ostensibles como el que evidenció en el caso la prueba pericial practicada. Dicha actitud, a pesar de no transcurrir por márgenes de razonabilidad, en absoluto supone que la Administración haya mantenido su postura a

sabiendas de su inadecuación a derecho, sino ante una idea equivocada de los márgenes del concepto de discrecionalidad técnica, que incluso la llevan a presentar recurso de casación en donde, por regir un criterio diferente de imposición de costas, es condenada al pago de las mismas, hecho que demuestra su confianza en la validez de la tesis sustentada.

La ausencia de temeridad y mala fe, fue apreciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para no hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales en la sentencia 2073 de 21 de octubre de 2009, sin que dicho pronunciamiento, pueda ser enmendado en sede de responsabilidad patrimonial, imponiendo a la Administración vencida un pago al que no fue condenada.

El juicio de valor realizado en este aspecto por los órganos jurisdiccionales es difícilmente rectificable como en este sentido ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (recurso 6120/2003) con cita de la de 11 de octubre de 2001 (recurso nº 1823/97):

*“Este Tribunal Supremo tiene declarado, en cuanto a la temeridad o mala fe, que “la aplicación de la penalidad de la condena en costas está sometida al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia, no siendo revisable en casación (Sentencias de la Sala 1ª de 28 de Abril de 1983, 8 de Julio de 1983, 13 de Diciembre de 1983, 10 de Abril de 1984, 14 de Junio de 1984, 27 de Septiembre de 1985, 21 de Diciembre de 1985, 26 de Febrero de 1986, 20 de Junio de 1986, 10 de Noviembre de 1988 y 2 de Octubre de 1995). Con arreglo a esta doctrina, “en orden a la condena en costas una uniforme jurisprudencia de esta Sala, como pone de relieve la Sentencia de 11 de Octubre de 1982 y reiteran, entre las más recientes de 21 de Marzo, 28 de Abril, 8 de Julio y 13 de Diciembre de 1983 y 14 de Junio de 1984, tiene*

*establecido que la apreciación de las razones conducentes a la imposición o no de las costas originadas por el litigio, entraña un juicio valorativo de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, juicio que al no estar sometido a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la Ley, queda confiado al prudente arbitrio de dicho Tribunal y no susceptible, por tanto, de ser impugnado en casación”.*

Por lo expuesto y con todo el respeto que tengo a la decisión de la mayoría, la consideración de derecho quinta del Dictamen, hubiera debido expresar el rechazo a la indemnización de los gastos procesales reclamados concluyendo la estimación parcial con indemnización en una cuantía de 3.000 € por daño moral, único concepto resarcible. De ese modo, se habría aconsejado a la Administración la actuación conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia (así se ha hecho en dictámenes anteriores, entre otros, el 436/09 de 9 de septiembre y 181/12 de 28 de marzo), ajustándose más exactamente a la esencia de la función consultiva desempeñada por este Consejo, que dictaminado conforme a derecho, supone un control preventivo de legalidad con el consiguiente servicio al interés general y a la buena administración de los recursos públicos.

Es el voto particular que emito en Madrid, a 9 de diciembre de 2013».

Madrid, 10 de diciembre de 2013