

Dictamen nº: **743/11**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21/12/11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de P.R.G., al amparo del artículo 13.1.f) 1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización por los perjuicios económicos derivados de actuación negligente de una funcionaria en la tramitación de incapacidad permanente total de bombero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen cursada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno el día 27 de septiembre de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 627/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección IX presidida por la Excmo. Sra. Doña Engracia Hidalgo Tena que firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2011.

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

1.- Mediante escrito registrado de entrada en el Ayuntamiento de Madrid el día 5 de octubre de 2009, el reclamante formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados por los servicios municipales por su baja no deseada como funcionario de carrera del Cuerpo de Bomberos como consecuencia de la Resolución de 26 de septiembre de 2008 del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se declara a P.R.G. en situación de incapacidad permanente total para profesión habitual con efectos económicos de 5 de septiembre de 2008.

A consecuencia de ello el reclamante solicita una indemnización de 187.000 euros por la diferencia entre la cantidad que hubiera percibido durante los once años de vida laboral que podía haber prestado y la cantidad por pensión vitalicia que se le ha asignado como consecuencia de la incapacidad (Documento número 1 del expediente).

El interesado solicita como pruebas, además de la documental privada que adjunta con su reclamación, confesión judicial de la funcionaria que tramitó su baja laboral y prueba testifical del delegado sindical que le acompañó en los primeros días de octubre de 2008 ante la funcionaria del Ayuntamiento.

2.- El reclamante funcionario de carrera con la categoría de bombero especialista con fecha 2 de febrero de 2007 sufrió un accidente laboral

iniciándose un proceso de incapacidad temporal por contingencias profesionales hasta el 4 de diciembre de 2007.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INNNS) emitió una Resolución de fecha 15 de abril de 2008 en la que se declaraba al interesado afecto de lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables en la cuantía de 450 €.

3.- Frente a la Resolución de 15 de abril de 2008 el interesado interpuso Reclamación Previa de Incapacidad ante el INSS, que fue estimada mediante Resolución de fecha 26 de septiembre de 2008 en la que se declara a P.R.G. en situación de incapacidad permanente total para profesión habitual con efectos económicos de 5 de septiembre de 2008.

4.- Como consecuencia del reconocimiento por el INSS de la incapacidad permanente total para profesión habitual del interesado, mediante Resolución de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid de 1 de octubre de 2008 se declara al interesado en situación de jubilación por incapacidad permanente con efectos de 5 de septiembre 2008.

5.- El día 4 de noviembre de 2008 el interesado presenta escrito en el Ayuntamiento de Madrid en el que manifiesta que el 5 de septiembre de 2008 fue dado de baja por una Incapacidad Permanente Total que no fue notificada al Departamento de Extinción de Incendios por negligencia de una funcionaria, por lo que estuvo trabajando hasta el 6 de octubre de 2008. En virtud de lo expuesto solicita que le sea abonado el mes de septiembre que trabajó integro en el concepto que se estime oportuno.

Mediante Resolución de 12 de enero de 2009 de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid se desestima la solicitud presentada toda vez que mediante Resolución de 1 de octubre de 2008 se declaró al solicitante jubilado por invalidez con efectos

de 5 de septiembre de 2008, lo que determina la baja en nómina y seguros sociales, no procediendo en consecuencia, el abono de las retribuciones solicitadas. Consta en el expediente que dicha Resolución de 12 de enero de 2009 no ha sido recurrida por el reclamante.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Ayuntamiento de Madrid se incoa expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 82 y 83 de la LRJAP-PAC y el art. 10 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, con fecha 27 de enero de 2010, por el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, se solicita al Servicio de Seguridad Social emita informe pormenorizado sobre los hechos denunciados por el reclamante y, en concreto, sobre los siguientes extremos:

- Si el reclamante (Bombero Especialista) fue reconocido por el INSS en situación de Invalididad Permanente en grado de Incapacidad Permanente Total, para su profesión habitual por contingencia de trabajo.
- Si el reclamante tenía el derecho a que se le asignase otro puesto de trabajo compatible con la incapacidad reconocida por el INSS.
- Si correspondía a este Ayuntamiento ofrecer un nuevo destino antes de declarar la baja o era un derecho que debía ejercitar el reclamante.

Si el reclamante podía incorporarse a su puesto de trabajo, tras haber sido declarada la incapacidad, sin ponerlo en conocimiento de esos servicios de recursos humanos

- Si el reclamante, una vez obtenida la baja, puede solicitar un puesto de trabajo que pueda desempeñar con la incapacidad que le ha sido reconocida.
- Pronunciamiento sobre lo denunciado en el hecho numero séptimo.
- Se adjuntara copia completa del expediente tramitado al efecto.

Con fecha 24 de febrero de 2010, por la Subdirección General de Retribuciones se remite el informe de 18 de febrero de 2010 de la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, en el que respecto a las cuestiones planteadas por el Departamento de Responsabilidad Patrimonial informa lo siguiente:

- *“Si el reclamante (bombero especialista) fue reconocido por el INSS en situación de incapacidad permanente en grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual por contingencia de trabajo*

Como antes señalamos, y según los datos obrantes en la aplicación informática de gestión de personal, el interesado ostentaba hasta su jubilación, la condición de funcionario de carrera con la categoría de bombero especialista.

Como consecuencia del accidente laboral sufrido por el interesado el 02.02.2007, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) emitió una Resolución de fecha 15.04.2008 en la que se declaraba al interesado afecto de lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables en la cuantía de 450 €.

En este sentido señalar, que las lesiones permanentes no invalidantes, conforme al artículo 150 a 152 de la LGSS, consisten en una indemnización, abonada por una sola vez, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de invalidez permanente, a tanto alzado y según las condiciones recogidas en un baremo, en el resarcimiento por las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo,

causados por accidentes de trabajo que sin llegar a repercutir en la capacidad laboral del trabajador hasta el punto de constituir una incapacidad permanente supongan una disminución o alteración de su integridad física, y todo ello sin perjuicio del derecho de trabajador a continuar trabajando en la empresa, ya que se consideran lesiones que no producen incapacidad para el trabajo.

El interesado al no estar conforme con dicha Resolución del INSS de fecha 15 de abril de 2008, en la que se le declaraba afecto de lesiones permanentes no invalidantes, interpuso una reclamación previa contra dicha Resolución del INSS, cuyo procedimiento se resolvió con la Resolución del INSS de fecha 29.09.2008 en la que se declara a P.R.G. afecto de una Incapacidad Permanente Total con efectos de 5.09.2008.

En este sentido y en relación al alcance de la declaración de un trabajador en situación de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual la jurisprudencia ha señalado que la misma, se caracteriza por un doble elemento :

- *Su carácter profesional, lo que implica que para su calificación jurídica, hay que valorar más que la índole y naturaleza de los padecimientos que presenta el trabajador, la limitación que en ellos genere, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para dejar imposibilitado a quien lo padece, de iniciar y consumar las tareas propias de su oficio, por cuanto son estas determinaciones funcionales las que determinan la efectiva reducción de la capacidad de ganancia.*
- *Su carácter de permanencia que implica la necesidad de estabilización de su estado residual en el sentido de que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo dado que la*

posibilidad de recuperación clínica se estima módicamente como incierta o a largo plazo (STSJ ASTURIAS 19 10 01 AS 3935).

Así la Incapacidad Permanente Total inhabilita al trabajador para la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual e implica, como veremos a continuación, la extinción del contrato de trabajo en el ámbito del derecho laboral, o la jubilación del funcionario y la extinción de la relación funcional en el ámbito del derecho administrativo.

- *Si el reclamante tenía derecho a que se le asignase otro puesto de trabajo compatible con la incapacidad reconocida por el INSS.*

El artículo 63 de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público enumera entre las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera de los funcionarios, la jubilación total del funcionario.

Asimismo, el artículo 67 de la citada Norma establece las causas de jubilación de los funcionarios, disponiendo al respecto:

- *“la jubilación de los funcionarios podrá ser:*
 - *c) por la declaración de Incapacidad Permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala”.*

En base a la normativa anteriormente citada, y en ejecución de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 29.09.2008 por la que se declara a P.R.G. afecto de una Incapacidad Permanente Total con efectos de 5.09.2008, mediante Resolución de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 01.10.2008 se declara al interesado en situación de jubilación por incapacidad permanente con efectos de 5.09.2008.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Madrid cumplió estrictamente con la obligación legal de proceder a jubilar al funcionario declarado incapacitado mediante Resolución firme del Instituto Nacional de Seguridad Social, órgano competente para la declaración de la incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones.

- *Si correspondía a este Ayuntamiento ofrecer un nuevo destino antes de declarar la baja o era un derecho que debía ejercitar el reclamante.*

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, conforme al artículo 67 del Estatuto Básico del Empleado Público, la declaración de incapacidad permanente es una causa de jubilación y por tanto, no procede adjudicar un nuevo destino. No existe regulada una posible actuación administrativa que posibilite un cambio de destino ni un derecho de opción a ejercitar por el interesado a efectos de la adjudicación de un puesto de trabajo distinto, sino una regulación específica en la que se indica de forma indubitable que la declaración de invalidez es uno de los motivos de jubilación y que está a su vez, conforme al artículo 63 determina la pérdida de la condición de funcionario.

No obstante lo anterior, y por tanto la improcedencia de cambio de puesto de trabajo, es necesario señalar que no se tiene constancia de que el interesado haya formulado solicitud en tal sentido.

- *Si el reclamante podía incorporarse a su puesto de trabajo, tras haber sido declarada la incapacidad, sin ponerlo en conocimiento de esos servicios de recursos humanos.*

Como señalamos anteriormente, como consecuencia del reconocimiento por el INSS del interesado en situación de Incapacidad permanente total para profesión habitual se precedió mediante Resolución de la Directora Gestión General de Recursos Humanos a jubilar al interesado, por lo que

no procede en ningún caso, que el interesado se incorpore a su puesto de trabajo.

Únicamente cabía tal posibilidad en el caso de que se instara una revisión de la situación de incapacidad permanente del interesado, en los términos establecidos en los artículos 143.2 y 161 de LGSS, así como en el artículo 1 del Real Decreto 1071/1984 de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la Normativa vigente en materia de Invalidez permanente en la Seguridad Social.

La previsión legal de la revisión de la situación de incapacidad se basa en que los padecimientos o lesiones que dieron lugar a su declaración pueden variar por agravación o mejora, afectando tanto al grado de incapacidad reconocido como a la existencia de la situación de incapacidad permanente, pudiendo también determinar el cambio de la contingencia pudiéndose producir en cualquier momento, salvo que el beneficiario haya cumplido 65 años.

En estos casos de revisión de la incapacidad efectuada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, único competente tanto para declarar la incapacidad como para revisarla, procedería con carácter previo a la reincorporación al puesto de trabajo, la rehabilitación del funcionario toda vez que, insistimos, la declaración de incapacidad permanente implica la jubilación del funcionario y la pérdida de tal condición.

Si el reclamante, una vez obtenida la baja, puede solicitar un puesto de trabajo que pueda desempeñar con la incapacidad que le ha sido reconocida.

Si bien a este extremo ya ha hecho referencia en el presente informe, y dando por reproducido todo lo ya indicado a este respecto, señalar que el interesado fue declarado en situación de jubilación como consecuencia de la

Resolución del INSS por la que se le reconocía una incapacidad permanente total para profesión habitual.

A mayor abundamiento indicar, que tal y como se establece en el artículo 137 de la LGSS, así como el artículo 8.5 de la Ley 24/1997 de 15 de julio, de consolidación y nacionalización del Sistema de Seguridad Social, el INSS para determinar el grado de incapacidad del trabajador, debe considerar, el porcentaje de reducción de la capacidad del trabajo atendiendo a la profesión del trabajador La profesión habitual se define, en caso de accidente, sea o no de trabajo, como la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo (TS 8.06.2005) .

• Sin embargo, la profesión habitual no se identifica automáticamente con las funciones del puesto de trabajo, ni tampoco es coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo (TS 27.04.2005, Rec 998/04); sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y al que la empresa le haya destinado o pueda destinarte en movilidad funcional (STS MADRID 7.7.2003)

Así se reconoce la incapacidad permanente a un bombero que desarrollaba funciones administrativas, porque hay que tener en consideración todas las actividades que integran dicha profesión, tanto las de calle como las administrativas (STS CATALUÑA 6.10.2008, JUR 384662/09). La percepción de una pensión de incapacidad permanente total es incompatible con el desempeño de un puesto de la misma categoría o grupo profesional

En definitiva, el INSS al reconocer al trabajador el grado de incapacidad permanente total para profesión habitual le inhabilita para la realización de todas las tareas inherentes a su condición de bombero, ya que en otro caso si el porcentaje de reducción de la capacidad del trabajo hubiera sido menor, y le hubiera reconocido otro grado de incapacidad

(incapacidad permanente parcial para la profesión habitual), y todo ello, sin perjuicio de la posible revisión de la situación del trabajador.

- Pronunciamiento sobre lo denunciado en el HECHO número séptimo.

Respecto a este extremo hay que aclarar que los funcionarios adscritos al Servicio de Seguridad Social actuaron con la mayor diligencia posible dispensando un trato absolutamente correcto al empleado. Tal diligencia se muestra en el hecho de que notificada la resolución de declaración de la incapacidad permanente, se procede a la tramitación del expediente por el que se adopta resolución de la Directora General de Recursos Humanos con fecha 01.10.2008, se notifica al interesado el 19.11.2008, ofreciendo en todo caso al mismo no solo toda la información sino también todas las garantías que le posibilitan el ejercicio de las reclamaciones que considere pertinentes en defensa de sus derechos. Prueba de ello es que con fecha 4.11.2008 el interesado solicita o reclama el abono de las retribuciones correspondientes hasta el 5.11.2008 y se da respuesta a esta reclamación mediante Resolución de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 12.01.2009.

Por tanto, la actuación del funcionario ha garantizado que el interesado no sólo haya estado plenamente informado sino también que el mismo haya podido ejercitar las acciones que haya considerado pertinentes en defensa de sus derechos.

Todo ello prueba la absoluta actuación diligente de los funcionarios del Servicio de Seguridad Social en la tramitación del procedimiento de declaración de incapacidad permanente conforme a la normativa vigente, iniciado como consecuencia de la Resolución dictada por el Instituto Nacional de Seguridad Social, dando cumplimiento a la Resolución ejecutiva de dicho Instituto y tramitando, en consecuencia el expediente de

jubilación por incapacidad permanente del interesado con la mayor celeridad, eficacia y garantía de los derechos del interesado''.

Con fecha 9 de marzo de 2010 y acuse de recibo del día 17 del mismo mes y año, se procede a dar trámite de audiencia a L.G.M., en calidad de letrado del reclamante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y el artículo 11 del RPRP. No consta que por el interesado se hayan formulado alegaciones en cumplimiento del referido trámite.

CUARTO.- Consta en el expediente que el reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación patrimonial presentada, tramitándose ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 31, con el nº de procedimiento ordinario 136/10, una vez que por Auto de 5 de julio de 2010 de la Sala Décima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se declarase incompetente para conocer del recurso.

QUINTO.- Por el Director General de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid se formula propuesta de resolución con fecha 22 de agosto de 2011 desestimatoria de la reclamación indemnizatoria presentada por inexistencia de relación causal entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo

13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de “*Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el caso que nos ocupa, el interesado ha cifrado el importe de su reclamación en 187.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

SEGUNDA.- El reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado la resolución de cese por jubilación de 1 de octubre de 2008, dictada por la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid, por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en él la condición de interesado, exigida por mor de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde Ayuntamiento de Madrid, como Administración a la que pertenece el órgano que dictó la Resolución de cese por jubilación.

El plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC).

En el caso examinado, se desconoce la fecha de notificación de la resolución de 1 de octubre de 2008. El interesado manifiesta en su escrito que la citada resolución le fue notificada el 19 de noviembre de 2008. Sin embargo, resulta del propio escrito de reclamación que tuvo conocimiento con anterioridad, porque “*al no recibir el importe de la nómina del mes de septiembre, en los primeros días del mes de octubre acompañado de un*

delegado sindical me personé ante la funcionaria y fue cuando obtuve la información que el Ayuntamiento había curado (sic) la baja con fecha 5 de septiembre de 2008". En concreto, el 4 de noviembre de 2008, el interesado presentó solicitud de abono de la retribución correspondiente al mes de septiembre. El reclamante manifiesta que estuvo trabajando hasta el día 6 de octubre de 2008. Por tanto, este es el *dies a quo* del plazo para reclamar y, en consecuencia, la reclamación presentada el día 5 de octubre de 2009, debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el ámbito de las entidades locales, el artículo 54 de la LBRL remite a lo dispuesto al régimen general de la LRJAP-PAC, artículos 139 a 146, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP.

No consta en el expediente que el instructor haya desestimado motivadamente las pruebas propuestas por el reclamante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.3 LRJAP-PAC que prevé que *"el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada"*.

No obstante, dicha omisión no ha generado indefensión al reclamante, en cuanto que se le ha dado audiencia con vista del expediente de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, sin que haya denunciado la omisión de la práctica de las pruebas o su desestimación motivada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir

dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, el interesado reclama por los daños eventuales sufridos por una pretendida incorrecta declaración de jubilación, que según la argumentación del reclamante lleva anudada unos perjuicios económicos constituidos por la diferencia retributiva existente entre su sueldo como bombero y la pensión vitalicia del 55% de la base reguladora reconocida a consecuencia de la incapacidad permanente. Así, considera que ha sufrido una disminución aproximada en su retribución de 17.000 euros anuales. *“Si tenemos en cuenta que me quedaban 11 años de vida laboral suponen una pérdida de 187.000 euros por la diferencia entre la cantidad que habría percibido durante los 11 años de vida laboral y la cantidad por la pensión vitalicia”.*

Como este Órgano consultivo ya ha dictaminado en ocasiones anteriores, verbigracia en el Dictamen 535/09, de 9 de diciembre, a propuesta de la Sección VII: *«Respecto del lucro cesante, es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables. El Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998), 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”.

En jurisprudencia posterior se reitera el criterio de 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-).

Ahora bien el Tribunal Supremo ha venido considerando indemnizable el perjuicio patrimonial sufrido consistente en la diferencia entre la pensión que se percibe y la cantidad correspondiente al salario hasta cumplir la edad de jubilación. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a Sección 6^a) de 10 de diciembre de 2002, estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de fecha 4 de abril de 2001, que consideró no indemnizable la diferencia entre la pensión que percibe y la cantidad que dice venía recibiendo por la recurrente así como que se extienda esta indemnización hasta el momento de cumplir la edad de jubilación; considerando que se trata de *“una retribución de daños hipotéticos y ello pues no se puede tener garantía de que la recurrente hubiera estado trabajando hasta el momento de su jubilación y que, además, durante todo ese período hubiera percibido la misma cantidad que dice que venía recibiendo en el momento de la intervención quirúrgica. Por lo demás, no consta, ni tan siquiera, aportación documental alguna de cuál era el salario que dice que venía percibiendo la recurrente, y lo que no puede es admitirse que por vía de responsabilidad patrimonial se obtengan las cantidades que sólo pueden percibirse como fruto de la actividad laboral previamente ejecutada”*. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación de la Audiencia Nacional y reconoce el derecho a la indemnización por ese concepto.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, podríamos considerar la existencia de daño efectivo, evaluable e individualizado en la persona del reclamante, por lo que es necesario analizar si hay relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

No cabe duda alguna que sí existe un nexo causal entre la Resolución de cese por jubilación y los menores ingresos percibidos por el reclamante,

planteándose, a continuación, si éste tiene, o no, obligación de soportarlos, esto es, si concurre, o no, la antijuridicidad del daño.

La resolución de cese por jubilación trae causa en la Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 26 de septiembre de 2008, que estimando la reclamación previa interpuesta por el reclamante contra la Resolución de 15 de abril de 2008, resolvió reconocer a éste una situación de Invalidez Permanente en grado de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, con efectos económicos de 5 de septiembre de 2008.

De acuerdo con el artículo 67.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público: *“la jubilación de los funcionarios podrá ser: c) Por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala”*.

No consta en el expediente que el reclamante haya impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de cese por jubilación de 1 de octubre de 2008. Por tanto, se trataría de un acto consentido y firme. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a Sección 4^a) de 9 de abril de 2010(Recurso 1970/2008) *“resulta indiscutible que la responsabilidad patrimonial de la administración garantizada en el artículo 106.2 de la Constitución y desarrollada en la LRJAP-PAC bajo los principios antedichos establecidos por el legislador no constituye una vía para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haber utilizado los cauces legalmente establecidos.*

No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha insistido en que la negligencia, error técnico o impericia de la parte perjudicada no goza de

amparo constitucional (STC 104/2001, de 23 de abril, con cita de otras muchas)''.

Se trata en definitiva de un acto que el reclamante tiene obligación de soportar, porque la ley prevé que la Administración acuerde la jubilación de un trabajador al que se le reconoce la incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala. Así lo considera el informe de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid que manifiesta: “*En este sentido y en relación al alcance de la declaración de un trabajador en situación de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual la jurisprudencia ha señalado que la misma, se caracteriza por un doble elemento:*

- *Su carácter profesional, lo que implica que para su calificación jurídica, hay que valorar más que la índole y naturaleza de los padecimientos que presenta el trabajador, la limitación que en ellos genere, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para dejar imposibilitado a quien lo padece, de iniciar y consumar las tareas propias de su oficio, por cuanto son estas determinaciones funcionales las que determinan la efectiva reducción de la capacidad de ganancia*
- *Su carácter de permanencia que implica la necesidad de estabilización de su estado residual en el sentido de que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo dado que la posibilidad de recuperación clínica se estima módicamente como incierta o a largo plazo (STSJ ASTURIAS 19 10 01 AS 3935)*

Así la Incapacidad Permanente Total inhabilita al trabajador para la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual e implica, como veremos a continuación, la extinción del contrato de trabajo en el ámbito del derecho laboral, o la jubilación del funcionario y la extinción de la relación funcionarial en el ámbito del derecho administrativo”.

(...)

El artículo 63 de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público enumera entre las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera de los funcionarios, la jubilación total del funcionario.

Asimismo, el artículo 67 de la citada Norma establece las causas de jubilación de los funcionarios, disponiendo al respecto:

- “la jubilación de los funcionarios podrá ser:
 - c) por la declaración de Incapacidad Permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala”

En base a la normativa anteriormente citada, y en ejecución de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 29.09.2008 por la que se declara a P.R.G. afecto de una Incapacidad Permanente Total con efectos de 5.09.2008, mediante Resolución de la Directora General de Gestión de Recursos Humanos de fecha 01.10.2008 se declara al interesado en situación de jubilación por incapacidad permanente con efectos de 5.09.2008

En consecuencia, el Ayuntamiento de Madrid cumplió estrictamente con la obligación legal de proceder a jubilar al funcionario declarado incapacitado mediante Resolución firme del Instituto Nacional de Seguridad Social, órgano competente para la declaración de la incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones”.

Además, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de la Incapacidad Permanente Total es consecuencia de la propia conducta del interesado que, habiéndosele reconocido por resolución de 15 de abril de 2008 unas

lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables según baremo nº 110 “*Cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores: según el caso” en la cuantía de 450 euros*”, interpuso una reclamación previa ante la Dirección Provincial de Madrid del INSS, quien resolvió estimando su reclamación previa y reconociendo la situación de *Invalidez Permanente en grado de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual*.

Sorprende la alegación del reclamante relativa a la situación de indefensión que le generó la actuación de la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, según la cual, “*si yo hubiera tenido conocimiento del escrito del INSS podría haber reaccionado en forma contra esa decisión, poniendo en conocimiento de la entidad gestora mi situación laboral*”, porque es el propio reclamante el que reconoce en su escrito de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que formuló demanda ante el Juzgado de lo Social contra la resolución del INSS y el grado de invalidez que se le había reconocido y que, posteriormente, desistió de la misma. El interesado, como reclamante ante la Dirección Provincial de Madrid del INSS de la Resolución de 15 de abril de 2008, fue notificado de la resolución estimatoria, de cuyo contenido se informó al Ayuntamiento de Madrid.

En consecuencia, debe concluirse que no concurre la antijuridicidad del daño y que, el reclamante está obligado a soportar las consecuencias del reconocimiento de su Incapacidad Permanente Total, cuya principal consecuencia fue su cese por jubilación.

Además, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 68.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, “*En caso de extinción de la relación de servicios como consecuencia de pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, podrá solicitar la rehabilitación de su condición de funcionario, que le será concedida*”.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos necesarios para su reconocimiento.

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, de 21 diciembre de 2011

