

Dictamen nº: **350/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **01.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de septiembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo de lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por los daños sufridos por la decisión del Tribunal Calificador en las pruebas de selección para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid posteriormente anulada por los tribunales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de junio de 2018 la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito en la Comunidad de Madrid, en el que expone que fue examinada de las pruebas de selección para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid. Detalla que realizó las pruebas estando hospitalizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, con dinámica de parto activa, medicada con la anestesia epidural, por lo que se tuvo que paralizar el parto para poder realizar la prueba,

deteniendo la oxitocina que le estaban suministrando y obligando a realizar la misma en unas condiciones inhumanas. Subraya que así lo ha establecido la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2, de Madrid, y ha sido ratificado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección séptima.

La reclamante entiende que ha visto vulnerado su derecho de igualdad, y ha sufrido una violación de sus derechos como mujer, y como madre. Subraya que así lo describe la propia sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que manifiesta la vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias como la 173/1994 de 7 de junio, 240/1990 de 20 de diciembre y 20/2001 de 29 de enero, entendiendo vulnerado el art.14 de la Constitución Española. Por ello, considera que debe ser indemnizada al amparo de lo establecido en el art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La interesada sostiene que, debido a la actuación de la Administración, no sólo tuvo que pasar por una situación calificada de inhumana, sino que cuando se ha intentado "*reparar*" parcialmente el daño causado, es decir, cuando se ha permitido a la interesada examinarse nuevamente, lo ha hecho, con un preaviso de 30 días escasos, con el condicionante añadido, de que las circunstancias personales de la reclamante, no eran las mismas que en el primer examen (la interesada no tenía hijos durante la preparación del primer examen, y en el segundo tiene 2, y no ha tenido ni una pequeña parte del tiempo que se tuvo en la primera convocatoria, pues entonces mediaron más de dos años en lugar de los 30 días de los que dispuso en la ejecución de la sentencia).

Según el escrito de reclamación, siendo de difícil valoración los daños causados, por ser daños morales, propone para el cómputo de la indemnización la aplicación analógica de la infracción tipificada en

el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Ley 5/2000, de 4 de agosto, en su artículo 8.12 (“*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo ...*”). Explica que dicha infracción se encuentra tipificada con una sanción de entre 6.251 euros en su grado mínimo a 187.515 euros en su grado máximo y que, en su caso, debería estar al menos en un grado medio y sería de 62.500 euros.

El escrito de reclamación no se acompaña de documentación, si bien, posteriormente, a requerimiento del instructor del expediente, la interesada aportó la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2, de Madrid, de 13 de octubre de 2016 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2017.

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

Mediante Resolución de 30 de agosto de 2012, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, se convocaron pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid.

Por Resolución de 4 de julio de 2014, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, se aprobaron las relaciones definitivas de admitidos y excluidos, se publica la relación definitiva de excluidos, la composición del Tribunal Calificador y se anuncia la celebración del ejercicio de la fase de oposición,

convocando a los aspirantes para el día 4 de octubre de 2014, con llamamiento único a las diez horas.

Con fechas 11 de septiembre y 2 y 4 de octubre de 2014 se levantan actas números 5, 6 y 7 del Tribunal calificador, en las que se adoptan medidas para los casos de opositoras que tienen prevista fecha de parto el mismo día del examen, acordándose enviar a un miembro del Tribunal junto con los colaboradores necesarios a los seis centros sanitarios donde se encontraban ingresadas las opositoras.

El 3 de octubre de 2014 la interesada ingresó en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón con dinámica de parto activa. La reclamante había avisado al Tribunal Calificador de su estado de gestación avanzado. Según consta en las actuaciones judiciales que obran en el expediente, en el momento de realizar el examen, el miembro del Tribunal desplazado no admitió otra solución que la práctica del ejercicio so pena de tener a la reclamante por decaída en su derecho, por lo que la interesada optó por su realización para lo cual se hubo de paralizar el proceso de parto, dejando de suministrar oxitocina y aumentándose la anestesia epidural para reducir los dolores.

El 9 de octubre de 2014 la reclamante presentó un escrito dirigido al Servicio Madrileño de Salud solicitando la nulidad del examen de oposición, dado que en la fecha y hora establecida para la realización del ejercicio se encontraba en el paritorio del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, y las condiciones en las que tuvo que realizar el examen eran totalmente desfavorables para ella, tanto física como psicológicamente. La Administración no resolvió expresamente la solicitud de la reclamante, por lo que formuló recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad del examen realizado.

Mediante Sentencia de 13 de octubre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2, de Madrid, se estimó el recurso de la interesada anulando el examen realizado el 4 de octubre de 2014, pues tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, consideró que el hecho de que la norma 6.2.1 de las Bases determinase que la fase de oposición fuera en llamamiento único, no impedía al Tribunal Calificador buscar la forma de acoger la petición de la reclamante o de establecer cualquier otra, como aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, “*pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único de la citada base cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que invocara. De hecho, el Tribunal en virtud de esta facultad de interpretación y resolución de problemas, acordó celebrar el examen en el Centro en el que se encontraban ingresadas las futuras madres, e incluso autorizó a que dos de ellas lo realizasen en el Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria, con independencia de su ingreso hospitalario ya que al encontrarse en el noveno mes de embarazo no se les permitía viajar a Madrid*”. Añade que “*la incidencia que surge el mismo día del examen con la hoy recurrente, no fue resuelta con el mismo acierto que las demás, pues la interesada, en el momento de práctica de prueba de oposición, se encontraba en pleno paritorio, con dilatación de 8 centímetros, monitorización fetal interna, bajo condiciones de anestesia epidural y oxitocina desde su ingreso en el centro hospitalario y el Tribunal debió acceder a suspender la celebración del examen, pues sin necesidad de especiales conocimientos técnicos, lo cierto es que no se puede considerar que se encontrase en situación física y psicológica adecuadas a las exigencias que los derechos de igualdad de acceso a la función pública y de no discriminación por razón de sexo le amparan conforme a los artículos 32 y 14 de la Constitución*”.

Contra la citada sentencia interpuse recurso de apelación el Servicio Madrileño de Salud resuelto por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2017, que desestimó el recurso con imposición de costas a la parte apelante pues para el Tribunal resultaba claro que la oposición mantenida por el Servicio Madrileño de Salud a la legítima pretensión ejercida por la reclamante tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, era cuando menos temeraria, por manifiestamente infundada.

Por Resolución de 6 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud, se procedió a dar cumplimiento a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid, convocando a la reclamante el día 14 de diciembre de 2017 para la realización del ejercicio de la fase de oposición de las pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Diplomado en Enfermería (actualmente, Enfermero/a), del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid.

La calificación del ejercicio de la fase de oposición, se hizo pública mediante Resolución del Tribunal Calificador de fecha 16 de enero de 2018, que fue notificada a la interesada mediante burofax el 1 de febrero de 2018. El resultado fue de 44 respuestas acertadas, 29 respuestas erróneas y 27 preguntas sin contestar, lo que suponía una puntuación de 22,05 puntos, no pasando la nota mínima del examen fijada en 28,80 puntos.

TERCERO.- Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente que comunicada a la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud la interposición de la

reclamación, dicha compañía notificó que el daño moral reclamado por la interesada no estaba cubierto por la póliza suscrita.

Asimismo, figura en el procedimiento que se requirió a la reclamante que aportara las sentencias citadas en su escrito de reclamación, lo que la interesada cumplimentó el 3 de octubre de 2018.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se ha incorporado al procedimiento el informe de 15 de abril de 2019 del director general de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud en el que tras dar cuenta de las vicisitudes del proceso selectivo de la interesada, considera que la Administración procedió a cumplir la Sentencia, a lo que estaba obligada constitucional (art. 118 de la CE) y legalmente (art. 103.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), llevándola a puro y debido efecto y que la realización de un nuevo examen supuso el restablecimiento de los derechos de la interesada a la igualdad ante la Ley y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). Por último, considera que la lesión se hizo efectiva el 4 de octubre de 2014 por lo que la reclamación sería claramente extemporánea.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a la reclamante que formuló alegaciones en las que incidió en los términos de su reclamación inicial y manifestó su oposición al informe emitido en el curso del procedimiento.

Finalmente, con fecha 21 de mayo de 2020 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos necesarios para su reconocimiento.

CUARTO.- El 11 de junio de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Al estimarse que el expediente estaba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, se solicitó que se aportase la documentación relativa al proceso selectivo de la interesada. El día 31 de julio de 2020 se recibió el complemento del expediente reanudándose el plazo para la emisión del dictamen solicitado.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 1 de septiembre de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, según el cual: “*3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º 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, la interesada ha cifrado el importe de la indemnización que reclama en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al haber resultado supuestamente perjudicada en el proceso selectivo de personal en el que participó.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que es la Administración que tramitó el procedimiento selectivo del que supuestamente derivan los daños por los que reclama la interesada.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC que establece que “*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año*

de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

El criterio de esta Comisión, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de enero de 2000, consiste en fijar el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia al reclamante o cuando éste conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso.

En este caso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2017, era susceptible de recurso de casación, y aunque no consta en el expediente cuando adquirió firmeza y fue notificada a la interesada, no cabe duda que la reclamación está interpuesta en plazo al presentarse el 15 de junio de 2018.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el director general de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia a la reclamante y se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

En suma, de lo anterior cabe concluir que el procedimiento se ha tramitado de forma completa sin que se haya omitido ningún trámite que resulte esencial para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los

términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “*es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)*”.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el

funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*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 este caso, la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, en el artículo 32.1 párrafo segundo de la LRJSP (en el mismo sentido el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

“*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por si misma, derecho a la indemnización*”.

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, “*el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los*

requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 2017, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y 1 de febrero de 2000, entre otras, señala que “*la mera anulación de actos o disposiciones de la administración no dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la administración produce un perjuicio que el recurrente no está obligado a soportar, y, no es, por tanto, el aspecto objetivo del actuar antijurídico de la administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa*”.

Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, no cabe duda que concurren los requisitos de efectividad del daño y relación de causalidad del mismo con el funcionamiento de la Administración, debido a la actuación del Tribunal Calificador al haber interpretado erróneamente las bases de la convocatoria y en consecuencia no haber ofrecido a la interesada otra posibilidad, bajo sanción que de no hacerlo vería decaída su actuación y participación en el proceso selectivo de referencia, que realizar el ejercicio de la oposición en las condiciones en las que la reclamante se encontraba en ese momento, esto es, estaba a punto de dar a luz pues “*se hallaba en el paritorio del Hospital en que estaba ingresada, administrándosele oxitocina y sueros, con 8 centímetros de dilatación y monitorización fetal interna, al tiempo que se le había administrado ya anestesia epidural*”, según reflejan las sentencias recaídas en las actuaciones judiciales.

Así las cosas, debemos analizar la concurrencia del requisito de

antijuridicidad del daño, resultando de aplicación la doctrina jurisprudencial que excluye dicha antijuridicidad cuando la actuación de la Administración resulta ser motivada y razonable. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 2008 (recurso número 4065/2003) señala que “*siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio*”.

Un análisis del expediente remitido pone de manifiesto lo siguiente, que resulta relevante para el extremo que ahora nos ocupa. En ambas instancias judiciales se califica la actuación del Tribunal Calificador como errónea y vulneradora de los principios que rigen el acceso a la función pública. En este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid, de 13 de octubre de 2016, subraya que el Tribunal debió acceder a la petición de la interesada de suspender la celebración del examen, “*pues sin necesidad de especiales conocimientos técnicos, lo cierto es que no se puede considerar que se encontrase en situación física y psicológica adecuadas a las exigencias que los derechos de igualdad de acceso a la función pública y de no discriminación por razón de sexo le amparan conforme a los artículos 32 y 14 de la Constitución*”. En el mismo sentido y con especial rotundidad se pronuncia la Sentencia de 26 de mayo de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al señalar lo siguiente:

“*(...)la respuesta ofrecida en la Instancia no puede sino confirmarse pues, ciertamente, la decisión del Tribunal de Selección actuante en el proceso selectivo de referencia, y en el caso concreto de la recurrente en la Instancia, conminando a la misma a la realización de un ejercicio, bajo pena de tenerle por decaída en el mismo, en*

las concretas y muy particulares circunstancias físicas y psíquicas en que se encontraba, no sólo es que repugne el más mínimo sentido común, o supusiera una mayúscula carencia de la más mínima sensibilidad, que también, sino que es de imposible comprensión desde parámetros de razonabilidad, lo que impone que no pueda, en ningún caso, entenderse amparada por el derecho, en la medida en que el mismo no puede servir de cobertura para amparar y/o justificar decisiones conducentes al absurdo”.

Y añade:

“Las Bases de la convocatoria aplicables permitían al Tribunal de Selección actuante buscar la forma y manera de acoger y hacer efectivos los derechos que indudablemente ostentaba la recurrente en la Instancia, como podía haber sido aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que se invocara.

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que declara que sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 de la Constitución y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto Constitucional. Y esta clase de resultado es de apreciar cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión [cfr.

Sentencias de 6 de Julio de 2012 (casación 1351/2011), 17 de Junio de 2011 (casación 2724/2009), así como en las de 20 y 27 de Mayo de 2011 (casación 712/2009 y 1719/2007 respectivamente) y las que en ella se citan; 10 de junio de 2009 (casación 3244/2006) y 18 de febrero de 2009 (casación 8926/2004))".

La sentencia dictada en el recurso de apelación va todavía más lejos al enjuiciar la actuación de la Administración, a la que incluso califica “*cuando menos de temeraria, por manifiestamente infundada, pues deniega el reconocimiento de una solicitud sin base fáctica ni jurídica mínimamente razonable obligando, con esta actitud, a la afectada a seguir un proceso judicial, largo y costoso, que bien pudiera haberse evitado de actuarse con la mínima diligencia exigible*”, con la consiguiente imposición de costas, más allá del estricto criterio del vencimiento objetivo.

Estas consideraciones son suficientemente expresivas de que en este caso la Administración no actuó de modo razonable y con la proporcionalidad exigible, por lo que cabe concluir que concurre también el requisito de la antijuridicidad del daño.

QUINTA.- Por lo que se refiere a la valoración del daño, como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la interesada reclama el daño moral causado por la actuación del Tribunal Calificador, que no cabe duda que se ha producido toda vez que resulta indubitable que la realización del ejercicio de la oposición en las condiciones descritas en las sentencias dictadas en las actuaciones judiciales tuvo que provocar en la interesada una situación de angustia, que se ha visto acrecentada, no por las circunstancias en que se realizó la repetición del ejercicio tras las actuaciones judiciales como pretende la interesada, sino al tener que defender en vía administrativa y, luego, en vía jurisdiccional, unas pretensiones que estaban totalmente justificadas según los razonamientos que hemos

expuesto anteriormente.

En cuanto a la valoración de dicho daño moral, hemos señalado reiteradamente que es extremadamente complicada por su gran subjetivismo [así nuestro Dictamen 165/18, de 12 de abril, en el que se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)].

En punto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, y señala que la cuantía debe fijarse “*de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes*”.

En este caso, teniendo en cuenta las especiales y penosas circunstancias en que la reclamante tuvo que realizar el ejercicio de la oposición y el largo periplo judicial de tres años al que la interesada tuvo que someterse por la actuación irrazonable de la Administración, consideramos oportuno reconocer una indemnización de 15.000 euros, cantidad que se considera ya actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer a la interesada una indemnización de 15.000 euros por

daño moral, cantidad que se considera ya actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 1 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 350/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid