CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DICTAMEN Nº 353/2017

OBJETO: Expediente sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, incoado a instancia de don .

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Cenes de la Vega (Granada).

Presidente:

Consejeras y Consejeros:

Secretaria:

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 31 de mayo de 2017, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 11 de mayo de 2017 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen realizada por el Sr. Alcalde-Presidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.14 y al amparo del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la citada Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente y de acuerdo con lo establecido en su artículo 25, párrafo primero, el plazo para su emisión es de treinta días.

Examinado el expediente sometido a dictamen resultan los siguientes antecedentes fácticos:

1.- El 10 de junio de 2016 tiene entrada en el Ayuntamiento de Cenes de la Vega (Granada), reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra éste por letrado, en nombre y representación de don . Se resume, a continuación, el contenido de esta:

- El 31 de octubre de 2008 se publicaron las Bases para la provisión en propiedad, mediante concurso-oposición libre, en aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de dos plazas de auxiliar administrativo vacantes en la plantilla de personal funcionario de ese Ayuntamiento, mi mandante presentó la correspondiente solicitud, siendo admitido al mentado concurso-oposición.

- Tras la celebración de las fases de concurso y oposición, el Tribunal calificador en sesión celebrada el 3 de abril del año en curso, acordó (en lo que aquí nos interesa) otorgar a mi mandante 23,76 puntos; a doña 24,27 puntos; a doña 25,31 puntos, y a doña 34,06 puntos con lo que estas dos últimas obtuvieron plaza, mas no así mi mandante.

- Interpuso recurso de alzada ya que el tribunal calificador baremó con "0" puntos la experiencia profesional, en lugar de los 2,30 puntos que resultaban procedentes, ya que la documentación acreditativa del tiempo trabajado en la Administración Pública no venía acompañado del certificado extendido por la Tesorería General de la Seguridad Social de la vida laboral del solicitante, documento imprescindible conforme a la Base de la convocatoria. Dicho recurso fue desestimado.

- Interpuesto recurso contencioso administrativo, por sentencia de 8 de julio de 2010, dictada por el Juzgado nº 4 de Granada de lo Contencioso-Administrativo, se estima el recurso al considerar que se debió requerir al interesado para subsanar tal defecto. Dicha sentencia es confirmada por la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, de 8 de junio de 2015 (notificada el 16 del mismo mes y año).

- Por consiguiente, se le ha producido un daño consistente en:

»1. Importe bruto del sueldo mensual que debió percibir desde el momento en que pudo tomar posesión de la plaza (el mismo día en que lo hizo, ilegalmente, doña quien es patente que, al quedar por debajo de la puntuación de mi mandante, nunca debió tomar posesión de la plaza ganada por el señor) a que el presente se contrae multiplicado por el número de meses transcurridos hasta el momento en que tomó posesión de la plaza de auxiliar administrativo de ese Ayuntamiento el pasado día 1 de abril de 2016, incluidas pagos extraordinarias, cantidad que devengará sus intereses correspondientes a contar desde la fecha de formulación del presente.

»2. Importe de las cotizaciones sociales a la Tesorería General de la Seguridad Social que esa Administración debió ingresar desde el día en que mi mandante pudo tomar posesión de la plaza de auxiliar administrativo de aquella hasta el día 31 de marzo de 20016, cantidad que devengará sus intereses correspondientes a contar desde la fecha de formulación del presente y que le hubiera reconocido días cotizados en su vida laboral a efectos de carencia de prestaciones.

»3. Reconocimiento de la antigüedad de mi mandante en la plantilla de ese Ayuntamiento a contar desde la fecha en que debió tomar posesión de la plaza de auxiliar administrativo de aquel hasta el día 31 de marzo de 2016, lo que habrá de traer como consecuencia el abono de las cantidades que debió percibir en concepto de trienios, cantidad que devengará sus intereses correspondientes a contar desde lo fecha de formulación del presente.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA · PRESIDENCIA · GRANADA

»4. Minutas de honorarios y derechos y suplidos (Documentos 1, 1 A y 2) devengados por el Letrado (8.040 euros en total) y Procuradora (752,12 euros en total) que defendió y representó, respectivamente, a mi mandante tanto ante el Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de Granada como ante la Secc. 3°, Sala de lo Contencioso Administrativo, TSJA en Granada, cantidades que devengarán sus intereses correspondientes a contar desde la fecha de formulación del presente.

»5. En lo que hace al daño moral, al sufrimiento causado al Sr. (siete largos años de una vida sin trabajo y pendiente de que cobrase virtualidad un trabajo legítimamente ganado gracias a su mérito y capacidad, en tanto ese mismo trabajo era desempeñado ilegalmente por quien tenía menos mérito y capacidad, como es patente a la vista del resultado final del concurso-oposición), lo valoramos en la cuantía alzada

de 50.000 euros.

En fecha posterior, se aporta escritura de poder otorgada por el Sr. a favor de su letrado.

2.- El 7 de octubre de 2016 se notifica al reclamante el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en el que se acuerda la incoación del expediente de responsabilidad patrimonial, el nombramiento de Instructor, así como la apertura de plazo para alegar y proponer pruebas.

3.- El 20 de octubre de 2016 la representación del reclamante presenta escrito solicitando que se una al expediente determinada documentación como medios de prueba. El 7 de enero de 2017 se le notifica resolución del instructor con la estimación y desestimación razonada, en su caso, de las pruebas propuestas.

4.- El 8 de febrero de 2017 la Letrada del Ayuntamiento emite informe con el siguiente estudio jurídico y conclusiones:

«IV.- Estudio jurídico.

» formula procedimiento de responsabilidad patrimonial "como consecuencia de lo ocurrido con la provisión en propiedad por mi mandante de una plaza de Auxiliar Administrativo vacante en la plantilla de personal funcionario de esa administración", alegando que han transcurrido siete años y enumerando en su reclamación los componentes del daño sufrido (...)

»Para que haya lugar a indemnización se requiere que haya un nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño antijurídico. Es preciso por tanto que la Administración sea la causante del daño. Para que concurra tal responsabili-

dad patrimonial de la Administración, se requiere según el artículo 139 antes citado (...)

»El Sr. reclama a este Ayuntamiento una responsabilidad patrimonial, exigiendo una reparación del daño, alegando:

»A. Que ha pasado 7 largos años de su vida sin trabajo.

»B. Todo es como consecuencia de lo ocurrido con la provisión en propiedad de una plaza de auxiliar administrativo vacante en la plantilla de personal funcionario de esa Administración.

»C. Doña ha ocupado ilegalmente su plaza.

»[Respuesta a estas tres alegaciones]

»A.- Efectivamente, han transcurrido 7 años, pero no imputables a esta Administración Local. A pesar que el artículo 24.2 de la Constitución establece como derecho fundamentalísimo que todas las personas tienen derecho a un procedimiento sin dilaciones, desde que el recurrente interpone el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de Alcaldía 255/2009 el 8 de julio de 2009 hasta que se dicta sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 4 de Granada el 8 de julio de 2010, transcurre 1 año y desde que se interpone por todas las partes recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia, hasta que se dicta Sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 17 de junio de 2015, transcurren 5 años.

»Dentro del procedimiento judicial, detallado en los antecedentes de este informe, al Ayuntamiento de Cenes de la Vega lo han emplazado para que comparezca ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, hasta en cuatro ocasiones, luego ¿es exigible al Ayuntamiento de Cenes de la Vega el retraso judicial en resolver el asunto en cuestión?

»(...) Tras emplazarnos en cuatro ocasiones, el Secretario judicial declara que el pleito ha quedado concluso para sentencia mediante Diligencia de 12 de marzo de 2013, y según el artículo 85.9 LJCA la Sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la declaración de que el Pleito está concluso para sentencia. Sin embargo la Sentencia se dicta el 8 de junio de 2016, notificada a las partes 17 de junio de 2016 (tres años y tres meses después).

»B.- No procede el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial a don por la anulación del acto administrativo.

»La Sentencia de Primera Instancia, dice "Que estimando parcialmente el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora , en nombre y representación de don , debo anular y anulo el acto administrativo impugnado y debo ordenar y ordeno la retracción de la fase de concurso del procedimiento de concurso oposición cuyas bases se publican por el Ayuntamiento de Cenes de la Vega el 31 de octubre de 2008, al momento posterior a la presentación de la solicitud por parte del citado recurrente, y ello, a los fines de ser requerido de subsanación del defecto consistente en no acompañar certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social de la vida laboral del solicitante, manteniéndose la puntuación otorgada en la fase de oposición a todos los participes".

»El examen de la antijuridicidad, en este caso, no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto anulado, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de so-

portar dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992. La anulación de un acto administrativo no presupone derecho a indemnización, tal y como dispone el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que ha de ser interpretado en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de la resolución administrativa, sino que debe analizarse los presupuestos generales. En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que "la obligación de indemnizar (...) no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos" (STS de 7 de diciembre de 2000).

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCIA · PRESIDENCIA · GRANADA

»Como es bien sabido, no todos los actos que son dictados por la Administración Pública son actos reglados, en los que la predeterminación del supuesto de hecho da lugar a una consecuencia jurídica establecida en el ordenamiento jurídico, sino que un buen número de aquellos son la consecuencia del ejercicio de una potestad discrecional otorgada por la norma con la finalidad de que la Administración dicte el acto que considere que mejor satisface los objetivos perseguidos dentro de un abanico posible de soluciones igualmente lícitas.

»Ahora bien, esa potestad discrecional cuenta con unos límites claramente establecidos: los objetivos a perseguir han de estar presididos siempre por el servicio objetivo del interés general, y la Administración ha de actuar en todo momento, -ora despliegue una potestad reglada, ora una discrecional- guiada por los principios constitucionales de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que, ni aun en el

caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar presididas por la idea del buen servicio al interés general; y ello sin perjuicio de la potestad que tiene la Administración, cuando ejerce una potestad discrecional, de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad o conveniencia) que la ley predetermina.

»Al reconocerse la potestad del Tribunal de Oposiciones para efectuar la valoración conforme a la ley, las bases de la convocatoria y los criterios que en el ejercicio de sus facultades establezca, se está reconociendo un determinado margen de apreciación a la Administración, y se está excluyendo por tanto que nos encontremos ante un puro acto reglado, lo cual excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva 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 cierto margen de apreciación, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración, 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. La discrecionalidad no significa arbitrariedad, estando la arbitrariedad de los poderes públicos prohibida o vedada por el artículo 9.3 de la Constitución. La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación Táctica probada, valorada a través de informes previos que la

norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

»La Jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencia 26 septiembre 2014 RJ2014/5324- en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación -en sede administrativa o jurisdiccional- de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros:

»I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella sólo cuando concurran los requisitos exigidos con carácter general;

»II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio:

»III) Para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa: "no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el articulo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias

concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (…) o como se dice la Sentencia (Sección Cuarta) de 2 de febrero de 2012 (casación 462/11: "Cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, cual es el caso, bastará en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño… Incluso cuando se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas, en su caso, sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes…"

»C.- En cuanto a la alusión que hace en su escrito de reclamación patrimonial en relación a doña ME.S.C. he de manifestar que las sentencias estudiadas y dictadas en este caso, nada dicen de los actos administrativos posteriores, constitutivos de derechos, que crean una situación jurídica y que no han sido recurridos por parte de don , en concreto, el Decreto 223/2009 por el que se nombra funcionarias de

carrera a doña y a doña , la publicación del Edicto de fecha 7 de mayo de 2009 por el que se da publicidad al Decreto 223/2009 (BOP nº 94 de 20 de mayo de 2009)

»V.- Conclusiones:

»Teniendo en cuenta los antecedentes, la normativa jurídica aplicable y el estudio jurídico desarrollado:

»- No existe responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Cenes de la Vega, por todo lo expuesto en el estudio jurídico desarrollado.

»- No procede el reconocimiento de indemnización alguna a don por todo lo expuesto en el estudio jurídico del presente informe.»

5.- El 17 de febrero de 2017 se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia, con indicación de la relación de documentos que conforman el expediente al objeto de que pueda alegar lo que convenga.

El 2 de marzo siguiente, el letrado del señor presenta escrito de alegaciones denunciando que no se le han admitido diversas pruebas imprescindibles para poder cuantificar la indemnización (retribuciones establecidas en las plantillas presupuestarias correspondientes a los ejercicios 2009 a 2016, ambos inclusive, para el Puesto de Auxiliar Administrativo -Grupo C, Subgrupo C2, Escala de Administración General, Subescala Auxiliar-; detalle del importe anual de las cotizaciones sociales a la TGSS que esa Administración debió ingresar desde el día en que pudo tomar posesión de la plaza de auxiliar administrativo; detalle del número de trienios que debieron reconocerse e importe detallado de las cantidades que debió percibir mensualmente por cada uno de los trienios a partir del momento en que le hubiese sido reconocido cada uno

de ellos). No obstante, realiza la siguiente cuantificación:

» Sueldos: 2009, 8 meses, 15.094,61 euros; 2010, 4 meses, 7.547,30 euros (…) Total 64 meses: 123.644,18 euros.

»Además, calculamos que habría que reconocer al Sr. un trienio más de los dos ya reconocidos, lo que supondrían 409 euros más, fijando la reclamación por todos estos conceptos en la suma de 124.053,18 euros.

»Sin que nos sea posible fijar las cuotas a satisfacer por esa Administración a la TGSS, dada la negativa del Sr. Instructor a facilitarnos su importe.

Además alega que:

»Es patente que si ese Ayuntamiento hubiese cumplido sin dilación la Sentencia tantas veces citada, nuestro mandante habría tomado posesión de su plaza, como muy tarde, con efectos de 1 de julio de 2015, y como por la mala fe en la actuación de ese, no pudo hacerlo hasta el 1 de abril de 2016, al menos tendrían que reconocérsele en esta reclamación patrimonial los ingresos no percibidos desde la fecha en primer lugar citada, así como las cuotas no satisfechas a la Seguridad Social. Y el cómputo de ese tiempo a efectos de reconocimiento de trienios.

»Existen asimismo unos daños morales ligados a las circunstancias que antes se han expresado y que tasábamos en la suma de 50.000 euros a tanto alzado.

En definitiva, se fija en el escrito presentado (a falta de los importes de las cuotas a satisfacer a la TGSS) la cantidad reclamada en la suma de 174.053,18 euros, en concepto de salarios dejados de percibir (124.053,18 euros más los intereses devengados por esta suma desde el 10 de junio de 2016) e indemnización por los daños morales (50.000 euros) sufridos, lo que deberá acordarse en la Resolución que se dicte la cual,

además, deberá reconocer a mi mandante la antigüedad en la plantilla de ese Ayuntamiento a contar desde la fecha en que debió tomar posesión de la plaza de auxiliar administrativo de aquel hasta el día 31 de marzo de 2016, lo que habrá de traer como consecuencia el abono de las cantidades que debió percibir en concepto de trienios, cantidad que devengará sus intereses correspondientes a contar desde el 10 de junio de 2016.

Asimismo, deberán abonarse las Minutas de honorarios y derechos y suplidos devengados por el Letrado (8.040 euros en total) y Procuradora (752,12 euros en total) que defendió y representó, respectivamente, a mi mandante (...).» *[Suma total: 182.845,30 euros]*

6.- Finalmente obra en el procedimiento propuesta de resolución, de 2 de mayo de 2017, en la que se postula la desestimación de la reclamación al no resultar el daño invocado antijurídico ni haber resultado acreditada la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Ayuntamiento de Cenes de la Vega (Granada), en respuesta a la reclamación interpuesta por don

Teniendo en cuenta que la indemnización solicitada asciende a 182.845,30 euros, el dictamen resulta preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.14 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; norma concordante con lo que estableció el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (ambas derogadas), y con lo que actualmente se dispone en el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según interpretación reiterada de este Consejo Consultivo.

El procedimiento examinado está regido por la Ley 30/1992, y por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera, párrafo a) de la Ley 39/2015, de la que deriva que a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de dicha Ley "*no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*".

II

La responsabilidad patrimonial de la Administración, garantizada como principio general en el artículo 9.3 de nuestra

Constitución, se configura básicamente en el artículo 106.2 del mismo texto constitucional como el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, *"a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos"*.

La previsión constitucional está actualmente regulada en el capítulo IV del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en los artículos 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 114.1.e) de la Ley 39/2015, antes citada. No obstante, dado la fecha en que sucedieron los hechos y el momento de inicio del procedimiento, por un lado, y la fecha en que entraron en vigor ambas leyes a estos efectos (disposición final decimoctava, apartado 1, y disposición final séptima, párrafo primero, respectivamente), por otro lado, el régimen aplicable es el previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993.

En todo caso, el legislador ha optado, dentro de las posibilidades de configuración legal que ofrece el citado artículo 106.2 de la Constitución, por hacer responder a la Administración de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que la fórmula, en la opinión generalizada de la doctrina y de la jurisprudencia, deba conducir a una mera responsabilidad por resultado, ni a que la Administración, por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual, resulte aseguradora de todos los daños producidos en el ámbito público. Tal razona-

miento debe completarse con el deber genérico que vincula a todos los ciudadanos de prestar la colaboración debida para el buen funcionamiento de los servicios, coadyuvando así a la evitación o atenuación de los eventuales daños derivados de su funcionamiento.

La referida normativa estatal sobre responsabilidad patrimonial de la Administración resulta de aplicación a las Entidades que integran la Administración Local, tal y como precisa el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la propia Ley 30/1992 (arts. 1 y 2), de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA · PRESIDENCIA · GRANADA

Las consideraciones precedentes permiten afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia emanada sobre la materia, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1°) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2°) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley (art. 141.1 de la Ley 30/1992).

3°) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que perte-

nece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito aquél se produce.

4°) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado del daño, que no se apreciaría en el caso de que éste estuviese determinado por hechos indiferentes, inadecuados o inidóneos, o por los notoriamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor. Por otra parte, se ha de considerar que la injerencia de un tercero o el comportamiento de la propia víctima son posibles circunstancias productoras de la ruptura del nexo causal, si han sido determinantes del daño, o susceptibles de modular el alcance de la responsabilidad de la Administración, graduando el importe de la indemnización si, en concurrencia con el funcionamiento del servicio, han contribuido también a su producción.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA · PRESIDENCIA · GRANADA

5°) Ausencia de fuerza mayor.

Junto a los presupuestos referidos debe tenerse en cuenta, además, que la reclamación se ha de formular en el plazo de un año, tal y como prevé el artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

Debe también subrayarse que la prueba de los hechos constitutivos de la reclamación es carga del interesado, aunque la Administración tiene la obligación de facilitar al ciudadano todos los medios a su alcance para cumplir con dicha carga, señaladamente en los casos en que los datos estén sólo en poder de aquélla. De la misma manera los hechos impeditivos, extintivos o moderadores de la responsabilidad son carga exigible a la Administración (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por remisión del art. 60.4 de

la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Finalmente, el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el citado Real Decreto 429/1993, aplicable a todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con su artículo 1.2, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que las Comunidades Autónomas puedan establecer en virtud de las competencias estatutariamente asumidas en materia de responsabilidad patrimonial, señala en su artículo 12.2 que se solicitará que el dictamen del Órgano Consultivo competente se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Eso no obsta a que este Consejo Consultivo entre a valorar el resto de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que los términos del precepto únicamente implican que, necesariamente, el pronunciamiento debe abarcar aquellos extremos, sin excluir los demás, como, por otra parte, resulta lógico admitir ante la estrecha relación existente entre los distintos presupuestos de la responsabilidad, de forma que para su correcto pronunciamiento sobre los mencionados en el reseñado artículo 12.2 será precisa la apreciación de los restantes. Incluso cabe reconocer, a la luz del principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa, la legitimidad de este Consejo Consultivo para examinar la corrección del procedimiento seguido en orden a determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa.

III

Sentado lo anterior, es preciso señalar que el procedimiento ha sido promovido por persona legitimada para ello [arts. 31.1.a) y 139.1 de la Ley 30/1992], en tanto que la reclamación la interpone la misma persona que manifiesta haber sufrido perjuicios económicos.

La acción ha sido ejercitada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992. El interesado interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Decreto nº 255, de 7 de mayo, del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de desestimatorio del recurso de alzada formulado contra la resolución del Tribunal calificador del concurso oposición, el cual fue resuelto por sentencia de 8 de julio de 2010, dictada por el Juzgado nº 4 de Granada de lo Contencioso-Administrativo, en la que se estima el recurso al considerar que se debió requerir al interesado para subsanar el defecto que impidió valorar el requisito de experiencia profesional en la Administración. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, en sentencia de 8 de junio de 2015 (notificada el 16 del mismo mes y año). La reclamación fue presentada el 10 de junio de 2016.

En relación con el procedimiento tramitado se advierte, en primer lugar, que se ha superado el plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución, previsto en el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial; incumplimiento que opera indiscutiblemente en detrimento de los

principios de eficacia y celeridad que deben presidir la actuación administrativa.

La referida exigencia se acentúa con el Estatuto de Autonomía para Andalucía, que en su artículo 31 consagra el derecho a una buena administración, incluyendo la resolución de los asuntos en un plazo razonable. A mayor abundamiento, conviene recordar que la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, asume, como no podía ser de otro modo, el mayor compromiso que en las relaciones de la Administración con el ciudadano ha pretendido plasmar el Estatuto. Así, el artículo 3.t) de dicha Ley alude al principio de buena administración y calidad de los servicios, precisándose en su artículo 5.1.d) que el principio de buena administración comprende el derecho a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

En cualquier caso, el transcurso del plazo de resolución y notificación no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido [arts. 42.1 y 43.4.b) de la Ley 30/1992].

En segundo lugar, aunque se ha comunicado al interesado el plazo para resolver y el sentido del silencio, comunicación que ha de hacerse por la Administración, no se ha realizado dentro de los diez días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, conforme al artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992.

IV

Siguiendo con el examen de los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe afirmar que el daño alegado es, por su naturaleza, efectivo, económicamente evaluable e individualizado, como exige el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, estando en cuestión su antijuridicidad, como así se indica en la propuesta de resolución.

Sí se acredita la concurrencia del requisito de imputabilidad ya que, según el reclamante, los daños alegados derivan de su exclusión de la relación definitiva de aprobados en las pruebas selectivas relativas al concurso oposición de dos plazas de auxiliar administrativo vacantes en la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento de Cenes de la Vega, cuyas bases fueron aprobadas por Decreto de la Alcaldía 443/2008, de 29 de septiembre de 2008, como consecuencia de no haberle sido valorado el mérito consistente en prestación de servicios en la Administración Pública y que así ha sido declarado por sentencia del TSJA, sede en Granada, de 8 de junio de 2015.

En el caso examinado se solicita indemnización, conforme a lo indicado por el Sr. en su escrito de alegaciones, por los daños económicos sufridos que comprenden el importe bruto del sueldo mensual que debió percibir, importe de las cotizaciones sociales a la Tesorería General de la Seguridad Social que esa Administración debió ingresar y reconocimiento de la antigüedad con sus efectos económicos. Tales daños se atribuyen al tiempo transcurrido desde la fecha en que

debía haber tomado posesión como funcionario de carrera del Cuerpo de Auxiliar Administrativo -5 de mayo de 2009-, y la fecha en que él ha tomado posesión -1 de abril de 2016-. Además, solicita el abono de otras cantidades como minutas de honorarios y derechos y suplidos devengados por letrado y procuradora, así como el resarcimiento del daño moral sufrido.

El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 dispone que *"la anulación en vía administrativa o por el orden* jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone *derecho a la indemnización", precisando a continuación que "si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".*

Este Consejo Consultivo ha venido recordando (dictámenes 358 y 235/2003, 43/2008, 429/2009 y 31/2011, entre otros) que en la exégesis de esta norma ha prevalecido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la tesis que lleva a concluir que lo único que pretende el legislador es negar la existencia de una automática correspondencia entre anulación y responsabilidad, dejando a salvo la procedencia de ésta cuando el acto anulado hubiera ocasionado un daño efectivo. Desde esta óptica, este Órgano Consultivo ha entendido que se está ante un precepto didáctico, que no restringe ni amplía el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Mas no por ello debe perderse de vista su finalidad, que no es otra que la de advertir a quien tiene que dilucidar la procedencia de las reclamaciones de daños y perjuicios, que la causa para la estimación de éstas no está en el reproche que puedan merecer

las irregularidades que dan lugar a la anulación del acto, sino en la efectiva producción de un daño antijurídico para el reclamante.

Esta línea interpretativa coincide con la mantenida por el Consejo de Estado, al señalar que el precepto "no pretende exonerar a la Administración de responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de los actos anulados, sino que persigue tan sólo el estricto rigor en la determinación y calificación de la lesión como indemnizable, en el bien entendido de que se halla vedada la pretensión de reducir los requisitos a la mera asociación entre un posible daño y la anulación del acto administrativo de la que se sigue o por la que se exterioriza" (dictamen 305/1992, entre otros). Se sostiene, en suma, que la anulación no se erige en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización, ya que para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho del particular a percibir una indemnización, deben concurrir los presupuestos generales de aquélla (dictámenes 6494/1997, 331 y 2452/1998).

En definitiva, la base para declarar la responsabilidad patrimonial es la existencia de un acto de la Administración que produce un perjuicio que el interesado no está obligado a soportar y no es, por tanto, el aspecto subjetivo 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.

En el caso examinado, no se puede compartir la tesis expuesta por la Administración consultante relativa a la inexistencia de un daño antijurídico. Como ya dijera este Consejo Consultivo en supuestos similares (dictamen 846/2013 y 277/2016, entre otros), claramente se establece una relación directa e inmediata entre el hecho causante –la falta de nombramiento en el momento adecuado, tras superar el correspondiente proceso selectivo, para ocupar una plaza de Auxiliar Administrativo, ya que por sentencia judicial se le ha reconocido al reclamante la deficiente baremación de los méritos que se acreditaron consistente en la prestación de servicios en la Administración Pública, que acarrea un detrimento patrimonial que, en principio, el actor no ha de soportar. En estos casos este Órgano Consultivo ha venido estimando el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, argumentando que había quedado acreditado que el reclamante debía haber resultado adjudicatario de la plaza ofertada, habiendo éste combatido la adjudicación al considerar que la baremación de sus méritos realizada por la comisión de valoración fue contraria a Derecho y así lo reconoció la sentencia que anuló el acto administrativo recurrido. En concreto, en el caso que nos ocupa, en la sentencia de 8 de junio de 2015, el TSJA reconoce que "*el candidato aportó con su solicitud certificados acreditativos de prestación de servicios para el Ayuntamiento de Sevilla y Córdoba, se ha de entender que el aspecto sustantivo del mérito de experiencia profesional estaba debidamente alegado. Si la Comisión de Valoración entendió que estaba insuficientemente acreditado con tales certificados, el principio de proporcionalidad exigía que le hubiera requerido para*

así satisfacer la formalidad y ser respetuosos con los principios de mérito y capacidad".

En nada empece esta conclusión el hecho de que la resolución adoptada por la Administración, en orden al nombramiento de aspirantes seleccionados, entre los cuales no se encontraba el ahora reclamante, viniese determinada por la propuesta del Tribunal Calificador, pues el respeto de la denominada discrecionalidad técnica de los órganos calificadores de concursos y oposiciones y la vinculación de la Administración a dicha propuesta, no elimina la atribución de los resultados lesivos que de dicha actuación se derive a la Administración que los nombra, debiendo concluirse la existencia de un daño antijurídico y efectivo.

Refuerza la argumentación de la existencia de responsabilidad patrimonial el propio fallo del TSJA en la referida sentencia de 8 de junio de 2015, en el cual se estima que, caso de superar el recurrente *"la nota requerida para figurar en la relación definitiva de aprobados, la Administración deberá reconocerle los efectos administrativos y económicos correspondientes"*. Parece evidente, que consecuencia inherente a la baremación de dicha experiencia profesional es la inclusión del reclamante en las listas definitivas de aprobados, como ha hecho la Administración en ejecución de sentencia, habiendo tomado posesión el interesado en dicho puesto de trabajo el 1 de abril de 2016.

Sin embargo, la Administración no ha reconocido los efectos económicos al reclamante lo que, desde luego, resulta incongruente con la fundamentación jurídica de la sentencia que,

como hemos visto, se extendía a las consecuencias de toda índole, entre las que tienen que estar las de índole económica, ya que la indebida baremación de méritos efectuada por la Administración ha privado al reclamante de la obtención de unos ingresos durante un largo periodo de tiempo.

V

Apreciada la responsabilidad patrimonial de la Administración consultante, debe determinarse, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de aplicación, abordando el problema de la valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización, el alcance de la reparación del daño sufrido.

El reclamante solicita las retribuciones dejadas de percibir por no haber sido nombrado funcionario en la fecha inicial en que se resolvió el proceso selectivo. Efectivamente, resulta evidente que la privación del derecho a ocupar la plaza correspondiente le reportó un perjuicio económico que, si bien no puede ahora en puridad calificarse como salarios dejados de percibir pues el salario implica el desarrollo de un trabajo que no se realizó -aunque fuera por la valoración incorrecta de los méritos acreditados-, ha de ser indemnizado. La indemnización a abonar ha de resarcir el daño producido, consistente en la privación del ejercicio del derecho al cargo, lo que se traduce en las remuneraciones, cotizaciones y derechos profesionales inherentes al mismo.

Esto significa fijar la suma a abonar considerando la retribución que habría percibido desde el día 5 de mayo de 2009, primer día del plazo posesorio otorgado a los aspirantes seleccionados en el proceso selectivo de referencia y la fecha en que se ha ejecutado la sentencia y se produce su nombramiento como funcionario de carrera, 1 de abril de 2016.

No puede este Consejo Consultivo baremar dicha cantidad, en la medida en que no figuran en el expediente administrativo certificados de retribuciones del puesto de trabajo, aunque en la propuesta de resolución se indica que tales documentos fueron aportados al procedimiento de ejecución provisional de sentencia, de cuyas actuaciones no hay constancia en el expediente administrativo. Así mismo, en la propuesta de resolución se dice que el reclamante fue funcionario interino de esa Corporación durante el año 2014, debiendo por consiguiente descontarse las cantidades que hubieran sido percibidas en concepto de sueldo durante ese periodo.

Respecto al concepto de trienios no remunerados, resulta aplicable la misma solución que ha mantenido este Consejo Consultivo en supuestos similares (ej. dictamen 73/1995, 277/2016), es decir, que la suma reclamada inicialmente por este concepto no resulta indemnizable al amparo del instituto de la responsabilidad patrimonial, pues para ello existe un mecanismo específico cual es el establecido en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública. Por tanto, la Administración a la hora de verificar tal cantidad, deberá tener en cuenta si en las cantidades reclamadas se incluyen los trienios no remunerados.

No considera procedente este Consejo Consultivo abonar la cantidad reclamada en concepto de honorarios de abogado y procurador. El Tribunal Supremo reiteradamente ha venido sosteniendo que no pueden ser considerados como daños indemnizables en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo su cobertura en el concepto de costas procesales. Así, en STS de 8 de julio de 2003, el TS señala que "*el gravamen económico que comporta el seguimiento de un proceso jurisdiccional... encarna un concepto específico, el de costas procesales, que es distinto de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; y su imposición está inexcusablemente condicionada a la apreciación de una conducta procesal de mala fe o de temeridad. Por tanto, es improcedente la indemnización que reconoce la sentencia de instancia para atender a los gastos del recurso contencioso-administrativo desde el momento en que, en su último fundamento de derecho, declara que «no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas (...)»*". En idéntico sentido se pronuncia la STS de 12 de noviembre de 1998 al indicar que "*conforme a la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia 2 febrero 1993, los honorarios satisfechos al Letrado ni los derechos del Procurador pueden identificarse, en modo alguno, con el requisito del daño efectivo anudable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues, aún cuando la vía jurisdiccional terminase acogiendo las tesis de los recurrentes, no convierte en daño indemnizable el pago o gasto de aquellos honorarios y derechos profesionales, toda vez que la simple anulación de resoluciones en vía administrativa, o contencio-*

so-administrativa, no presupone derecho a indemnización cuando los Tribunales no estiman temeridad alguna en el comportamiento de las Administraciones autoras de los actos a efectos de una condena en costas, a tenor del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, camino para el resarcimiento de los daños, o gastos causados, por razón de intervención de tales profesionales en los procesos de revisión jurisdiccional de los actos administrativos que en definitiva se declaran nulos, por lo que no existiendo relación de causalidad entre éstos y aquel actuar de la Administración y teniendo, en consecuencia la parte el deber jurídico de soportarlos, tales conceptos, no son un daño efectivo a efectos de responsabilidad patrimonial".

Tampoco puede estimarse, en este caso, el reconocimiento de un daño moral indemnizable de manera independiente, ya que se trataría básicamente de un malestar o incertidumbre que se traduce en la no percepción de unos ingresos económicos durante un tiempo determinado -lo cual ya queda resarcido mediante la indemnización que se reconoce-, sin que se haya acreditado que haya supuesto una repercusión psicológica grave para el reclamante. La mera reintegración del funcionario al puesto de trabajo se considera que resarce cualquier daño moral emergente.

CONCLUSIÓN

Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Ayuntamiento de Ce-

nes de la Vega (Granada), a instancia de don

.

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete.

EL PRESIDENTE LA SECRETARIA GENERAL

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA PRESIDENCIA

Fdo.: Fdo.:

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE CENES DE LA VEGA.-(GRANADA)

AYUNTAMIENTO DE
CENES DE LA VEGA
C.I.F. P-1804600-I
N.R.E. 01180476

Ayuntamiento de Cenes de la Vega (1 de 1)
Sello de Órgano
Fecha
HASH:

MINUTA
REGISTRO DE SALIDA

DATOS DE LA ANOTACIÓN
Oficina: Oficina Central de Registro
Nº de registro:
Fecha de registro: 22 de septiembre de 2017, a las 09:05 horas
Forma de envío: Correo postal (Certificado)
Resumen: Oficio remisión copia Dictamen Consejo Consultivo

Relación de Terceros
1. **Representante:**

Relación de Documentos
1. **Nombre del documento:** 28 RTDO INFORME CONSEJO CONSULTIVO RESPONSABILIDAD .pdf
   Código de validación: N/A
2. **Nombre del documento:** Oficio remisión copia Dictamen Consejo Consultivo .pdf
   Código de validación:

Expedientes relacionados
1. **Número del expediente:**