



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 360/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la baremación de un concurso oposición (EXP. 318/2017 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de dicha Administración, iniciado a instancia de (...), como consecuencia de los daños derivados de la anulación de la baremación de un concurso oposición.

2. La reclamante solicita una indemnización que supera la cantidad de 6.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la cual es aplicable, en virtud de la Disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la Disposición derogatoria 2, a) y la Disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Resulta igualmente aplicable 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, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera, a), en relación con la Disposición derogatoria 2, d) y la Disposición final séptima de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

II

1. (...), con fecha 30 de septiembre de 2016, presenta reclamación de responsabilidad por los daños producidos como consecuencia de la anulación de la baremación de un concurso oposición.

La reclamante expone en su escrito inicial, entre otros extremos, lo siguiente:

- Mediante Decreto de 12 de agosto de 2009 de la entonces Consejera de Recursos Humanos y Organización del Cabildo de Gran Canaria se aprobaron las Bases Generales de la convocatoria pública para la provisión, por turno libre, de plazas vacantes de la plantilla de funcionarios incluidas en las ofertas de empleo público de 2005, 2006, 2008 y 2009 del Cabildo Insular, por el sistema de oposición o concurso-oposición.

- En el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) nº 68, de 26 de mayo de 2010, se publicaron las bases específicas de la convocatoria, por el turno libre, para cubrir una plaza de técnico/a de gestión de la plantilla de funcionarios incluida en la Oferta de Empleo Público de 2006 por el sistema de acceso de concurso-oposición. Posteriormente fue publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 146, de 16 de junio.

- En el BOP nº 12, de 26 de enero de 2011, se insertó el anuncio de 11 de enero de 2011 en el que se hacía pública la acumulación al turno libre de una plaza de técnico de gestión de la plantilla de funcionarios incluida en la Oferta de Empleo Público de 2005, al no cubrirse mediante la convocatoria de promoción interna.

- Presentada en tiempo y forma su instancia a la convocatoria, obtuvo una calificación final en la fase de oposición de 5,582.

- El 9 de julio de 2012 se dictó la resolución del tribunal calificador relativa a la calificación de la fase de concurso, obteniendo una puntuación de 3,5.

- El 7 de septiembre de 2012 el Tribunal dicta la resolución final con las calificaciones definitivas del concurso, conteniendo la propuesta de nombramiento de dos aspirantes, entre los que se encontraba ella, con una calificación final de 9,082 puntos.

- El 9 de octubre de 2012 fue nombrada funcionaria de carrera del Cabildo Insular.

Como consecuencia de este nombramiento y dado que ostentaba la condición de funcionaria de carrera del Ayuntamiento de La Aldea de San Nicolás, solicitó ante esta Administración su pase a la situación de excedencia voluntaria, que fue acordada mediante Decreto de la Alcaldía de 19 de octubre de 2012.

- El 24 de octubre de 2012 tomó posesión de su puesto de trabajo en el Cabildo.

- Con fecha 2 de septiembre de 2012, otra de las aspirantes que había participado en el concurso-oposición interpuso recurso de alzada contra las resoluciones de 21 de agosto y 7 de septiembre de 2012 del tribunal calificador.

Este recurso fue desestimado por el Consejo de Gobierno Insular mediante Acuerdo de 15 de octubre de 2012. La razón de esta desestimación radicaba principalmente en la consideración de que no procedía valorar como mérito, en el apartado «titulación académica de carácter oficial superior a la exigida» la licenciatura de Derecho de la recurrente.

Interpuesto recurso contencioso administrativo por la interesada, fue desestimado por Sentencia de 9 de julio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue estimado por Sentencia de 19 de junio de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, declarando la nulidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 15 de octubre de 2012 y reconociendo el derecho de la recurrente a sumar 0,5 puntos a los que le había concedido el tribunal calificador, con las consecuencias de todo índole legalmente inherentes a dicho pronunciamiento.

- Una vez firme la citada Sentencia, con fecha 1 de octubre de 2015 se le comunicó que en esta misma fecha causaba baja definitiva en la Corporación a todos los efectos en ejecución de Sentencia, en virtud de Resolución también de 1 de octubre de 2015.

La reclamante considera que este acto incurre en causa de nulidad de pleno Derecho al haberse dictado prescindiendo completamente del procedimiento legalmente establecido.

- El 16 de octubre de 2015 se le comunica diligencia de llamamiento de la lista de reserva para ocupar una plaza vacante en régimen de interinidad, al constar como nº 1 de la referida lista. Tras su aceptación, fue nombrada funcionaria interina en plaza vacante por Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Consejera de Recursos Humanos y Organización, actuando por delegación del Consejo de Gobierno Insular.

La reclamante considera que se ha producido una incorrecta actuación de la Administración insular en la valoración de la candidatura de la aspirante que recurrió el Acuerdo del Consejo Gobierno Insular de 15 de octubre de 2012, lo que motivó que ella viniera ocupando durante tres años, con buena fe y confianza legítima, el puesto de trabajo que fue objeto de convocatoria y le fue adjudicado y del que ha sido cesada.

Solicita una indemnización por importe total de 51.819,07 euros, comprensiva de los daños materiales emergentes, así como el lucro cesante y daños morales, en los términos que explicita en su reclamación.

2. Tras la presentación de la reclamación, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

- Con fecha 5 de octubre de 2016 se comunica a la interesada el plazo para la tramitación del procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo.

- El 15 de diciembre de 2016 se solicita informe a la Asesoría Jurídica acerca de la fecha de notificación a la reclamante de la STSJC de 19 de junio de 2015, a los efectos de valorar la posible prescripción de la reclamación.

En contestación a esta solicitud se remite testimonio de la Sentencia, en el que consta que fue notificada a la reclamante con fecha 17 de julio de 2015.

- El 26 de enero de 2017, sin más trámite, se elabora Informe-Propuesta de Resolución de inadmisión a trámite de la reclamación presentada por encontrarse prescrita la acción de responsabilidad patrimonial, al haberse presentado la misma fuera del plazo de un año desde que se dictó y tuvo conocimiento de la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

3. Con fecha 1 de febrero de 2017 se solicitó el dictamen de este Consejo Consultivo, solicitud que fue admitida por el Pleno de este Organismo en sesión celebrada el 8 de febrero, si bien se acordó la suspensión de su tramitación a los efectos de que por la Administración insular se procediera a otorgar trámite de audiencia a la interesada y posterior elaboración de una nueva Propuesta de Resolución.

Solicitado nuevamente el pronunciamiento de este Consejo, se emitió el Dictamen 161/2017, de 11 de mayo, en el que concluyó en la no conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución, al no encontrarse prescrito el derecho a reclamar de la interesada. Se estimó procedente por ello la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial por la Administración insular, con la elaboración de una nueva Propuesta de Resolución que habría de ser dictaminada por este Consejo.

En cumplimiento de este Dictamen, se ha elaborado informe técnico que propone la desestimación de la reclamación, se ha otorgado posteriormente trámite de audiencia a la interesada, que presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto, y se ha elaborado la Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio.

Finalmente, se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo.

III

1. Son antecedentes de interés en el presente procedimiento los siguientes:

- La reclamante fue nombrada funcionaria de carrera, tras el correspondiente concurso-oposición, mediante Resolución de 9 de octubre de 2012.

- Como pone de manifiesto en su reclamación inicial, por otra de las aspirantes en el citado concurso-oposición, se presentó recurso de alzada contra la valoración de la fase de concurso y la puntuación final obtenida, que fue desestimado por Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 15 de octubre de 2012.

Contra este acto la citada aspirante presentó recurso contencioso-administrativo, que resultó desestimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 (procedimiento abreviado número 460/2012). Interpuesto recurso de apelación, fue estimado por STSJC de 19 de junio de 2015, que declaró la nulidad del referido Acuerdo y reconoció el derecho de la recurrente «a sumar 0,5 puntos a los concedidos por el tribunal calificador con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento».

- Con fecha 10 de septiembre de 2015 se publica en la sede electrónica del Cabildo Insular la Resolución, de 7 de septiembre, del Tribunal Calificador de la convocatoria por turno libre de dos plazas de Técnico/a de Gestión.

En esta Resolución expresamente se indica que en ejecución de la STSJC de 19 de junio de 2015 se hace público que el tribunal calificador ha procedido a la valoración de méritos de todos los candidatos, únicamente en cuanto se refiere al apartado de titulación superior, cuya resultado consta en la misma Resolución. Asimismo, se hace público el nuevo orden de puntuación obtenido en la convocatoria, elevando propuesta de nombramiento de los dos candidatos que obtuvieron mayor puntuación, entre los que no se encontraba la ahora reclamante.

La Resolución publica igualmente la relación complementaria de candidatos, que pasarían a integrar la lista de reserva.

Por último, se consignó la posibilidad de interponer recurso de alzada contra la misma en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su publicación, sin que conste que se hubiera presentado recurso alguno.

- El 1 de octubre de 2015 se dicta Resolución nº 1.460 por la que, en ejecución de la Sentencia referida, se anula la Resolución de 9 de octubre de 2012, por la que se nombró a la interesada funcionaria de carrera y se acuerda que se proceda a su cese, acto que no fue recurrido por ella.

- El 29 de octubre de 2015 se dicta Resolución por la que se nombra a la interesada funcionaria interina en plaza vacante, previo llamamiento conforme a la lista de reserva generada. Tampoco contra esta Resolución presentó recurso.

- Finalmente, consta a través de las últimas alegaciones presentadas por la interesada que había solicitado de la Administración la incoación del procedimiento de revisión de oficio, al objeto de declarar la nulidad de la Resolución nº 1.460, de 1 de octubre de 2015. También solicitó, según indica, la asignación de otra plaza de funcionario de carrera de la Corporación insular. En este escrito de alegaciones pone de manifiesto que ya la Administración le ha comunicado sus Resoluciones de inadmisión de ambas solicitudes, por lo que eleva la indemnización que reclama en concepto de lucro cesante, en caso de no mantener su actual puesto de trabajo como funcionaria interina, a la cantidad de 596.701,17 euros, a computar desde marzo de 2017 y hasta un máximo de 223 meses, dependiendo de cuándo se produzca el cese en su actual condición. No consta en el expediente si contra estos actos ha presentado recurso.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada por cuanto la interesada no ha acreditado la existencia de un daño real y efectivo, no resultando a estos efectos suficiente la invocación de daños hipotéticos o dudosos que consisten

en meras especulaciones o posibilidades ni obedecer a expectativas remotas, inseguras o contingentes.

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en lo que a esta argumentación se refiere.

No obstante, sin perjuicio de lo señalado, es necesario precisar también que un requisito esencial para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración lo constituye la antijuridicidad del daño.

Así, hay que tener en cuenta que la resolución por virtud de la cual la interesada alcanzó la condición de funcionaria de carrera del Cabildo insular no fue firme por el transcurso de los plazos de impugnación, sino que fue recurrida por otra participante en el concurso, de cuya circunstancia no sólo tuvo conocimiento la interesada sino que intervino en dicho proceso como parte y así figura en la sentencia que declaró su anulación, por lo que en todo momento era consciente de que su nombramiento estaba cuestionado y podía truncarse, ya que dependía del resultado del recurso. Por ello, al no ser firme la resolución administrativa, el resultado del proceso sólo adquiere estado definitivo cuando se producen los pronunciamientos judiciales que resuelvan los recursos, sin que puedan invocarse perjuicios en razón de derechos lesionados o perdidos inherentes a una condición funcional a la que la recurrente no tenía derecho (en este sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 16 de noviembre de 2005).

Además, como también hemos señalado en nuestro Dictamen 627/2002, de 9 de mayo, «una Sentencia firme es un acto de aplicación del Derecho, declara irrevocablemente lo que en el caso concreto es debido jurídicamente; por consiguiente su ejecución congruente nunca puede producir un daño antijurídico». Por ello, si en este caso la reclamante ha sido privada de su condición de funcionaria de carrera en virtud de que había sido postergada ilegalmente otra solicitante, la ejecución de la Sentencia tiene como efecto restaurar el orden jurídico quebrantado y permitir el nombramiento de la participante en el concurso-oposición que obtuvo mayor puntuación. En consecuencia, la reclamante está obligada a soportar jurídicamente la pérdida de su condición de funcionaria de carrera porque se le había adjudicado irregularmente. Con la ejecución de la sentencia se elimina una situación antijurídica y se establece una nueva conforme al Derecho, por lo que no estamos en presencia de un daño antijurídico.

No revistiendo el daño el carácter de antijurídico, procede la desestimación de la reclamación por este motivo.

3. Como antes se ha señalado, la Propuesta de Resolución basa su argumentación en la ausencia de acreditación de los daños reclamados, lo que ha de considerarse adecuadamente argumentado.

Así, la interesada reclama en concepto de daño emergente las diferencias retributivas que alega que existen en el líquido neto a percibir desde el mes de octubre de 2015 a septiembre de 2016 (once meses) y que calcula en 19,37 euros al mes, así como 146 euros mensuales en concepto de cotización a la Seguridad Social por el mismo periodo. Reclama, por lo tanto, por este concepto de daño emergente la cantidad de 1.819,07 euros (a razón de 165,37 euros mensuales).

Este cálculo, sin embargo, resulta incorrecto, pues la propia documentación que aporta (nóminas) permite comprobar que en el último año citado su retribución aumentó, ya que de 2.649,208 euros en septiembre de 2015 pasó a 2.675,79 euros en septiembre de 2016. La única diferencia que se comprueba entre la nómina de uno y otro año es el concepto de retención por desempleo (47,66 euros y no los 146 euros mensuales que alega), que es de obligada aplicación en su condición de funcionaria interina. Por ello, como señala la Propuesta de Resolución, no puede sostenerse la producción de un daño real y efectivo.

Por otra parte, solicita en concepto de lucro cesante las cantidades dejadas de percibir hasta la edad de su jubilación, en función de que mantenga o no su actual puesto de trabajo como funcionaria interina en el Cabildo hasta la fecha de su jubilación. Así, si permanece en su condición como funcionaria interina, solicita la cantidad de 37.704,36 euros, que resulta de multiplicar la cantidad que reclama en concepto de daño emergente por el número de años correspondientes hasta que se produzca su jubilación. Por el contrario, si no mantiene el citado puesto, reclama hasta un máximo de 569.701,17, dependiendo del momento en que se produzca su cese, cantidad para la que ha tomado como base su actual salario.

La interesada solicita por tanto una indemnización ligada a un hecho futuro e incierto, como son su posible cese como funcionaria interina, del que hace depender la cantidad que reclama y que pretende abarcar hasta su jubilación. Se basa por consiguiente en meras expectativas ligadas al devenir futuro que no integran el concepto de lucro cesante (SSTS de 15 de noviembre de 2002, 22 de febrero de 2006 y 14 de noviembre de 2016, entre otras).

Por último, en cuanto a los daños morales, alega la reclamante que la actuación de la Administración le ha conducido a una situación de depresión y estrés emocional al no tener certeza sobre su futuro y con una carrera profesional frustrada de repente, extremos que no quedan mitigados por poder optar a otros puestos de trabajo, como pudiera ser volver a su condición de funcionaria del Ayuntamiento de La Aldea de San Nicolás, ni por haberle atribuido el Cabildo un puesto como interina. Sin embargo, como señala la STS de 10 de mayo de 2007, por daño moral no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo en aquellos casos en los que la misma haya tenido una repercusión psicofísica grave. La reclamante aporta a efectos de la acreditación de este daño un informe psiquiátrico de 26 de septiembre de 2016, que hace referencia a una sintomatología referida a los meses de junio a septiembre de 2016, sin que se determine la repercusión de la misma sobre la reclamante que permita apreciar la gravedad a la que acabamos de referirnos.

4. Por último, procede señalar que la legalidad o no de la Resolución por la que fue cesada en ejecución de la STSJC de 19 de junio de 2015 o si la Administración debió asignarle otra plaza de funcionaria de carrera son ajenas a la solicitud de indemnización que aquí se plantea, pues no pueden dilucidarse a través de un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación presentada por la interesada se considera conforme a Derecho, con arreglo a la argumentación que se contiene en el Fundamento III.