



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de enero de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura 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 del funcionamiento de la actuación de la Administración Insular en procedimiento selectivo (EXP. 574/2018 ID)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 21 de noviembre de 2018, con registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el día 28 de noviembre de 2018, se solicita por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, la emisión de dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados, presuntamente, como consecuencia del anormal funcionamiento de la actuación de la Administración Insular, en el curso de un proceso selectivo para cubrir dos plazas de administrativo de gestión del grupo C1, para la Unidad de Aguas y Residuos del Cabildo Insular de Fuerteventura, publicada en el BOP el 6 de abril de 2011 y en el BOE el 4 de septiembre de 2012

2. La legitimación del Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura para solicitar el dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de lo previsto en el art. 11.1.D.e) LCCC, al tratarse de una

---

\* Ponente: Sra. de Haro Brito.

reclamación formulada en cuantía superior a 6.000 euros dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

4. La reclamante, ostenta legitimación activa en el procedimiento incoado, pues ha sufrido daños materiales y morales derivados, presuntamente, del funcionamiento anormal de la Administración Insular, teniendo, por tanto, la condición de interesada en el procedimiento (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP).

5. La competencia para tramitar y resolver y la legitimación pasiva del procedimiento incoado corresponde al Cabildo Insular de Fuerteventura, como administración responsable de la gestión del servicio al que se le atribuye la causación del daño.

6. La reclamación se interpone dentro del plazo de un año desde que se produce el daño (art. 67 de LPACAP).

7. En el análisis a efectuar resulta de aplicación, tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre (arts. 67, 81, 91 y 92), como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) (arts. 32 y siguientes), por ser la normativa vigente al tiempo de iniciarse la reclamación de responsabilidad patrimonial (Disposición Transitoria Tercera de la LPACAP). También es aplicable, específicamente, el art. 54 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

9. Por último, como repetidamente ha razonado este Consejo (ver por todos el DCC 99/2017), que la Administración mantenga relación contractual con una compañía de seguros, no significa que ésta sea parte en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que la Administración considere pertinentes.

## II

1. El procedimiento se inició con la presentación por (...) del escrito de reclamación el 9 de junio de 2017, registrado de entrada con número 21.118. En

dicha reclamación de responsabilidad patrimonial se señalan los siguientes antecedentes de hecho, que se transcriben literalmente:

«PRIMERO: Quien suscribe, se presentó al proceso selectivo para la consolidación de empleo temporal para cubrir dos plazas de administrativo de gestión del grupo C1, para la Unidad de Aguas y Residuos del Cabildo Insular de Fuerteventura, publicada en el BOP el 6 de abril de 2011 y en el BOE el 4 de septiembre de 2012.

SEGUNDO: Habiendo obtenido la segunda mejor nota en el proceso selectivo, superé el mismo y fui nombrada funcionaria de carrera por el Cabildo Insular con fecha 21 de junio de 2013. A efectos probatorios, se dejan señalados los archivos de este Cabildo a los efectos probatorios oportunos.

Anteriormente, me fue notificada la resolución del proceso selectivo y el nombramiento el día 13 de junio de 2013. En esa fecha me encontraba trabajando para la empresa (...), desde el 11 de enero de 2011, es decir acumulando 29 meses de antigüedad ininterrumpida. A efectos probatorios, se adjunta como documento número 1, Informe de Vida Laboral de quien suscribe.

A consecuencia de la notificación del nombramiento y ante la inminencia del mismo, para lo cual solo faltaba el juramento o promesa de conformidad con lo establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, solicité ese mismo día, la baja voluntaria en la empresa (...), como consta acreditado en el documento número 2 que se acompaña. Al ser baja voluntaria se pierde el derecho a percibir la prestación por desempleo.

TERCERO: Una participante en el proceso selectivo, suspendida en el examen práctico, recurrió contra dicho resultado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dando lugar a una sentencia de instancia frente al Cabildo estimatoria de sus pretensiones, el 25 de septiembre de 2014. Esta sentencia, junto con la que resuelve el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 25 de septiembre de 2015, están en posesión del Cabildo de Fuerteventura, pues éste fue condenado a retrotraer las actuaciones para repetir el examen suspendido por la aspirante recurrente.

En ejecución de las sentencias referidas, se repite el examen el 25 de octubre de 2016, una vez publicados los criterios de corrección y la fecha del examen.

CUARTO: Con el aparente motivo de ejecutar la sentencia, el Cabildo de Fuerteventura, procedió a cesarme en mi condición funcionaria de carrera, a la que había accedido legítimamente, el día 5 de septiembre de 2016. Ese cese, me dejó sin trabajo y sueldo, ya que, como funcionaria de carrera, no daba lugar a la situación legal de desempleo ni a la prestación correspondiente, pues los funcionarios no, cotizan al desempleo, sin poder tampoco recuperar el paro acumulado con anterioridad mientras trabajaba en (...) al haber

sido voluntaria mi baja en dicha Empresa. Se adjunta como documento número 3, notificación del Servicio Público de Empleo comunicándome que no tengo derecho a cobrar prestación.

El fallo de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres de Las Palmas de Gran Canaria, dice textualmente:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la Letrada (...) , en nombre y representación de (...), se declara la nulidad del acto administrativo identificado en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución, dando lugar a la retroacción de las actuaciones, a fin de que se celebre nuevamente el segundo ejercicio, adecuando su realización a los criterios establecidos en las bases generales de la convocatoria y a los que, en su caso y debidamente publicitados, decida introducir el Tribunal Calificador, amparados en dichas bases, desestimando el resto de pretensiones formuladas por la parte recurrente, todo ello sin realizar pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales".

Como se puede comprobar, la sentencia confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 25 de septiembre de 2015, no contiene la obligación de cesar a la reclamante, ni anula el proceso selectivo, solo censura una actuación del Cabildo Insular de Fuerteventura y sólo él debía acoger la sentencia, sin repercutirla sobre quien había participado de buena fe y superado el proceso selectivo convocado y tutelado por la Administración, había sido nombrada funcionaria de carrera y había renunciado voluntariamente a su puesto de trabajo anterior, para ocupar la plaza de funcionaria.

El 6 de marzo de 2017, tras superar por segunda vez la oposición referida, fui nombrada de nuevo funcionaria de carrera y ocupé mi plaza en la Unidad de Aguas y Residuos del Cabildo Insular de Fuerteventura.

En el plazo entre el 5 de septiembre de 2016 y el 6 de marzo de 2017, no percibí ninguna cantidad, ni como prestación de desempleo, ni como retribución laboral, pues el Cabildo no me ofreció la oportunidad de seguir prestando servicio siquiera con carácter provisional y/o temporal hasta que se resolviera definitivamente el proceso selectivo, por lo que me encontré en una grave y difícil situación de carencia económica, con directa repercusión en la economía de mi familia, de forma injusta, como consecuencia de una decisión precipitada e injustificada del Cabildo de Fuerteventura. La Administración, en vez de mantenerme en el puesto de trabajo, de manera interina o contratada temporalmente, a expensas del resultado del proceso selectivo, para causarme el menor daño posible, tomó la decisión de repercutir sus fallos en el procedimiento administrativo de selección, sobre quien suscribe cesándome.

Esta decisión de la Administración, además de los daños evaluables económicamente como lucro cesante durante los seis meses que estuve sin percibir nómina alguna, ni Prestación desempleo, ha provocado en la reclamante un daño moral, pues a vista de sus compañeros de trabajo, familia y amigos, (...), ha aparecido como culpable de ocupar un puesto que no le correspondía y como tramposa, hasta que la repetición del segundo ejercicio y su correcta puntuación, ha devuelto las cosas a su sitio».

2. Mediante Decreto del Presidente de la Corporación de fecha 20 de septiembre de 2017 se acordó admitir a trámite la reclamación formulada por (...) Asimismo se procedió a nombrar instructora y a solicitar la emisión de informe al Servicio de Recursos Humanos.

Dicha Resolución fue notificada a la reclamante así como a la compañía aseguradora del Cabildo de Fuerteventura, (...).

3. En cumplimiento de la mencionada Resolución, en fecha 9 de octubre, por la instructora se solicita informe al Servicio de Recursos Humanos.

4. El día 8 de noviembre de 2017 se emite informe por la Técnica de Recursos Humanos en el que se concluye que se considera que no ha habido un anormal funcionamiento en el proceso seguido como consecuencia de la ejecución del procedimiento abreviado nº 0000315/2013. A dicho informe se acompaña la documentación relativa al expediente.

5. Debido a la situación de baja médica de la instructora, mediante Decreto del Presidente de fecha 16 de enero de 2018 se nombra instructora a (...).

6. En fecha 25 de enero de 2018 se solicita al Servicio de Recursos Humanos de este Cabildo informe relativo a si la reclamante fue notificada de la interposición del recurso de alzada contra el acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo, informe que es evacuado el día 14 de febrero de 2018, en el que se señala que no fue notificada.

7. En fecha 7 de junio de 2018 se concedió trámite de audiencia a la interesada, presentando la misma las alegaciones que consideró convenientes a su derecho.

8. Con fecha 20 de noviembre de 2018 se emite propuesta de resolución.

### III

1. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe a la reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Por tanto, para que surja la obligación de indemnizar de la Administración el daño alegado debe ser causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Para ello, es necesario que el hecho o conducta que se alega como causa del daño pertenezca al ámbito de actividad o funcionamiento del servicio.

2. La Propuesta de Resolución estima en parte la reclamación formulada por la interesada, como consecuencia de la cesación de su condición de funcionaria de carrera, por no haber dado la Corporación Insular trámite de audiencia a la reclamante del recurso de alzada presentado por otra aspirante del mismo proceso selectivo (...).

El referido recurso administrativo, del que no se dio trámite de audiencia a la aspirante que finalmente obtuvo la plaza en el proceso selectivo, posteriormente

sería estimado en recurso contencioso administrativo, por sentencia de 25 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de las Palmas de Gran Canaria, confirmada en recurso de apelación por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. La estimación de este recurso contencioso administrativo, conllevaría posteriormente en trámite de ejecución de sentencia, la retroacción del proceso selectivo al segundo ejercicio, la repetición del examen y la cesación como funcionarios de carrera de los aspirantes que obtuvieron las plazas convocadas, cese que tuvo lugar para la reclamante el día 5 de septiembre de 2016, en relación con la plaza para la que fue nombrada el 13 de junio de 2013. El 6 de marzo de 2017, tras superar por segunda vez la oposición, fue nombrada funcionaria de carrera, ocupando su plaza en la Unidad de Aguas y Residuos del Cabildo Insular de Fuerteventura.

La razón determinante de la estimación del recurso contencioso administrativo fue considerar que el desarrollo del segundo ejercicio de la oposición no se ajustó a las bases de la convocatoria y a los criterios que debidamente publicitados debió introducir el Tribunal Calificador en relación con las referidas bases. En consecuencia, ordena retrotraer actuaciones, para que se celebre nuevamente el segundo ejercicio, adecuando la realización a los criterios establecidos en las bases generales de la convocatoria o a los que debidamente publicitados decida introducir el Tribunal Calificador, amparados en las bases de la convocatoria.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se estima en parte por la Corporación Insular en la propuesta de resolución, sólo en consideración a que no se dio trámite de audiencia a la reclamante del recurso de alzada interpuesto por la otra aspirante. Este recurso de alzada, a la postre determinó la cesación en el puesto que había obtenido la reclamante de responsabilidad patrimonial como funcionaria de carrera, en virtud de la ejecución de la sentencia que hemos mencionado. La Propuesta de Resolución entiende que de haberse realizado el trámite de audiencia, la reclamante, además de poder alegar lo que a su derecho hubiera convenido, pudiese haber adoptado otra decisión en cuanto a la toma de posesión como funcionaria de carrera, asumiendo con el conocimiento preciso del objeto y motivo del mismo, el deber de soportar las consecuencias de la eventual estimación del recurso y ello aun cuando el resultado hubiera sido el mismo, por cuanto la actuaciones del proceso selectivo fueron consideradas jurídicamente incorrectas por

sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en consecuencia, se habría producido la resolución de su cese.

Entendemos, sin embargo, que el razonamiento de la Corporación Insular en este aspecto es incompleto, por cuanto que la interesada reclama por el funcionamiento irregular o anormal de la Administración, y no sólo por la falta del trámite de audiencia en el recurso de alzada interpuesto por la otra aspirante.

Y es que no es posible hacer recaer en la reclamante las consecuencias de la irregular actuación de la Administración, por cuanto, que al ser la actuación administrativa antijurídica, de acuerdo con los razonamientos de la sentencia, pesa sobre la Administración Pública el deber de soportar las consecuencias lesivas para la aspirante que obtuvo la plaza convocada, sin que sea posible que la Corporación Insular repercuta sobre la interesada, una actuación irregular sólo a ella imputable.

Debemos destacar que aunque el cese de la reclamante se produce a consecuencia de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de septiembre de 2014, confirmada posteriormente por la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en sentencia dictada el 25 de septiembre de 2015, recaída en el Recurso de Apelación interpuesto, el motivo de la estimación parcial de la reclamación interpuesta se debió, única y exclusivamente, a la Administración.

En las actuaciones judiciales sí intervino la ahora reclamante -se persona ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo oponiéndose a la demanda, interpone Recurso de Apelación que es desestimado, además de presentar escrito de preparación de Recurso de Casación que no se admite, e interpone Recurso de Queja- y consta en el expediente remitido que en ejecución de las decisiones judiciales recaídas se dicta Resolución por el Consejero Delegado de Recursos Humanos del Cabildo Insular con fecha 1 de septiembre de 2016, notificada a la reclamante con fecha 5 de septiembre de 2016 por la que se declaraba, entre otros extremos, el cese de la misma, sin que contra la misma conste que se interpusiera por la ahora interesada, recurso alguno.

En dicha Resolución la Administración procede a ordenar la retroacción de las actuaciones para la realización del segundo de los ejercicios del proceso selectivo, resultando que la reclamante supera de nuevo el mismo, y en consecuencia, es nombrada de nuevo funcionaria.



Con todo ello, entendemos que concurren motivos, como se ha dicho, para estimar por un lado que la Administración no ha actuado de manera adecuada, causando un daño a la reclamante que debe ser reparado, y por tanto, incurre en responsabilidad.

3. En cuanto a la cuantía de la indemnización, entendemos inadecuada la reseñada por la Administración, que en la PR toma como base solicitada por la reclamante -incluido el daño moral solicitado, que la reclamante calcula en 5000 euros-, si bien la reduce en un 30%. No obstante, los perjuicios causados a la interesada, al cesar en el anterior trabajo para tomar posesión de una plaza de funcionaria que creía segura, poniendo fin a la expectativa cierta generada, y las condiciones derivadas de la extinción del vínculo con la Administración, que le impidieron percibir cantidad alguna en concepto de prestación por desempleo, así como el declarado actuar inadecuado en el procedimiento selectivo, hace que se entienda adecuada la cantidad solicitada por la reclamante como lucro cesante por el importe de las cantidades dejadas de percibir, así como la correspondiente a daño moral. En consecuencia, procede estimar totalmente la reclamación interpuesta por (...), en la cantidad de 20.092,76 euros.

A la cantidad total resultante en concepto de indemnización (20.092,76 euros) se le ha de añadir, por mandato del art. 34.3 LRJSP, la correspondiente actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística y los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de Dictamen no se considera conforme a Derecho, procediendo la estimación total de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por (...), en la cantidad de 20.092,76 euros, por los daños sufridos por la misma debiendo actualizarse conforme se señala en los Fundamentos del presente Dictamen.