



Dictamen nº 57/2017

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de marzo de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 1 de julio de 2016, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la revocación de su nombramiento como funcionario interino (expte. 205/16), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Constan en el expediente los siguientes hechos:

1. x participa en las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Superior de Administradores de la Comunidad Autónoma, convocadas por Orden de 20 de junio de 2007, por el sistema de medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público.

El proceso selectivo constaba de una fase de oposición y otra de concurso. Las bases específicas preveían que la oposición supondría el 60% de la puntuación total, mientras que la de concurso representaría el 40% de aquélla. La fase de oposición consistía en un ejercicio único tipo test de 150 preguntas con tres respuestas alternativas y sólo una válida, con penalización de respuestas incorrectas. La puntuación máxima a alcanzar en el ejercicio era de 6 puntos y eran necesarios dos puntos para superar el ejercicio y la fase de oposición. La cuestión de cuántos aciertos netos (respuestas correctas menos los descuentos por penalización de las erróneas) eran necesarios para obtener ese aprobado de 2 puntos, se resolvió por el tribunal calificador considerando que debían ser los equivalentes al 33,33%.

2. Disconforme el interesado con dicho proceder del órgano selectivo, recurrió en vía administrativa al entender, entre otras alegaciones, que en tanto que la Orden de convocatoria no establecía reglas específicas sobre la determinación de los aciertos netos necesarios para aprobar la oposición, resultaba de aplicación lo establecido al respecto por la base 6.2.5 de las bases generales de pruebas selectivas, aprobadas por Orden de la Consejería de Hacienda de 17 de junio de 2004, en cuya virtud, el porcentaje mínimo de aciertos a obtener en un ejercicio tipo test para considerar que ha sido superado se fija en un 50% de aciertos netos.

3. Desestimado el recurso de alzada, se recurrió en vía contenciosa, siendo rechazadas las pretensiones actoras por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 221/2013, de 18 de marzo, que confirma así el criterio de corrección fijado por el órgano selectivo.

4. Recurrida dicha sentencia en casación, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto en Sentencia de 29 de junio de 2015, que en relación con el criterio de corrección controvertido, entiende que el tribunal calificador, al considerar que el aprobado en el ejercicio único de la fase de oposición se alcanzaba con un 33,33% de aciertos netos, se separó de la base general 6.2.5. que elevaba dicho porcentaje al 50%, de forma que el 2 que marcaba el aprobado conforme a las bases específicas de la convocatoria se alcanzaría con el 50% de aciertos netos en el test.

Consecuencia de ello es la anulación de la actuación administrativa impugnada para que se corrija el ejercicio de

oposición conforme al criterio indicado.

Considera, además, el Tribunal Supremo que no es preciso repetir la realización del examen, sino sólo corregirlo conforme al criterio adecuado a las bases, para, en razón de las puntuaciones finales correspondientes a las fases de oposición y de concurso, establecer *"la relación de quienes hayan superado el proceso selectivo y, por su orden, tengan derecho a plaza, a quienes se reconocerán los efectos correspondientes a sus nombramientos desde el momento en que empezaron a surtirlos a la conclusión del procedimiento selectivo"*.

5. En ejecución de dicha sentencia, por Orden de 2 de noviembre de 2015, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, se nombra al interesado como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, con efectos de 13 de enero de 2009.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de abril de 2016, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños que dice haber sufrido como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos de selección de personal, que determinó su cese como interino de la Comunidad Autónoma.

Relata el reclamante que, tras participar en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo Superior de Administradores de la Comunidad Autónoma y no ser seleccionado, impugnó la resolución del procedimiento selectivo en vía contenciosa obteniendo una sentencia favorable a sus intereses (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2015).

Ejecutada dicha sentencia por Orden de 21 de septiembre de 2015, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, toma posesión como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores el 18 de noviembre de 2015, si bien los efectos se retrotraen al 13 de enero de 2009.

Mientras se desenvolvía el proceso judicial, el interesado, que venía prestando servicios a la Administración regional desde años atrás como funcionario interino en un puesto de Asesor Jurídico, fue cesado en su puesto por resolución de fecha 13 de septiembre de 2013 (con efectos del 15 de septiembre), como consecuencia de la ocupación de dicho puesto por un funcionario de carrera.

Considera que el cese le ha deparado un perjuicio patrimonial que no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que solicita una compensación económica "por la diferencia entre los ingresos percibidos por el cobro de la prestación de desempleo desde el 14 de septiembre de 2013 hasta el 13 de septiembre de 2015, y lo que debería haber percibido por el desempeño del puesto que estaba ocupando en un nivel 24 del Grupo A con dedicación especial".

Solicita, asimismo, ser indemnizado con la cantidad correspondiente a los haberes dejados de percibir desde la fecha de finalización de la prestación por desempleo (14 de septiembre de 2015) y el 18 de noviembre de ese mismo año, fecha de la toma de posesión, y que se regularicen las cotizaciones sociales correspondientes a los períodos indicados.

Tras señalar que las cantías resultantes habrán de ser debidamente actualizadas, solicita que se proceda a la tramitación por el procedimiento abreviado y aporta copia de la resolución de revocación de su nombramiento como interino y certificados de la Oficina de Empleo, expresivos de las cantías percibidas en concepto de prestación.

TERCERO.- El 17 de mayo de 2016, x presenta escrito en el que pormenoriza las circunstancias que derivaron en su cese. Asimismo, manifiesta que en noviembre de 2014 fue llamado para ofrecerle contratos de trabajo de duración inferior a seis meses correspondientes a las listas de espera de los Cuerpos Administrativo y de Gestión Administrativa, para prestar servicios en Lorca, *"ante lo que presenté solicitud de no ser excluido de dichas listas de espera por encontrarme en un proceso formativo en el Seminario de Murcia"*. Insiste en que no renunció a dichos contratos con carácter permanente ni a las indicadas listas de espera. Señala, asimismo, que en ningún momento se le ofreció un puesto de trabajo del Cuerpo Superior de Administradores y que, en la actualidad mantiene una relación laboral con la Administración regional impartiendo cursos de la Escuela Regional de Administración Pública.

CUARTO.- Admitida la reclamación por resolución de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (por delegación del Consejero), se designa instructor, que procede a recabar del Servicio

de Gestión de Recursos Humanos de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios información acerca del nombramiento y cese como interino, al tiempo que requiere al reclamante para que efectúe la evaluación económica del daño por el que reclama.

QUINTO.- El 9 de mayo de 2016, el Registro General de Personal de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, certifica que x fue nombrado funcionario interino en el Cuerpo Superior de Administradores con efectos de 13 de febrero de 2002, siendo destinado al puesto de trabajo A100234 -Asesor de Apoyo Jurídico-, hasta el 15 de septiembre de 2013, que fue cesado por incorporación de una funcionaria de carrera a su puesto.

La certificación se acompaña de diversa documentación acreditativa de los extremos en ella contenidos, así como de otras incidencias en la relación que une a x con la Administración regional. Así, consta que el 18 de noviembre de 2015, ya nombrado funcionario de carrera, pasa a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

SEXTO.- Recabada información al Servicio de Selección acerca de la situación del interesado en la lista de espera del Cuerpo Superior de Administradores, se remite la siguiente documentación:

- Llamamiento efectuado el 18 de noviembre de 2014 a dos aspirantes de la lista de espera para la adjudicación de puestos de trabajo. Consta entre los llamados el hoy reclamante, con el puesto 15º.

- Escrito del interesado, de fecha 20 de noviembre de 2014, dirigido al Servicio de Selección en el que, en atención a su situación formativa, solicita que *"no se me siga convocando a actos de adjudicación hasta que así lo comunique personalmente a dicho Servicio, o bien, hasta la constitución de la lista de espera resultante del próximo proceso selectivo"*.

Aporta junto al indicado escrito, un certificado fechado el 19 de noviembre de 2014 y expedido por el Rector del Seminario Mayor "San Fulgencio", en el que se indica que x es seminarista de dicho centro, *"en el que se encuentra cursando cuarto de Teología, en el proceso orientado al Sacerdocio"*.

- Llamamiento efectuado el 2 de diciembre de 2014, a diversos aspirantes de la lista de espera del Cuerpo Superior de Administradores para la adjudicación de puestos de trabajo. Entre los convocados ya no consta x.

SÉPTIMO.- Solicitud de información por parte del instructor al Seminario Mayor "San Fulgencio" acerca de la relación que une al reclamante con el centro formativo y si percibe algún tipo de retribución, contesta su Rector, el 25 de mayo de 2016, que x es seminarista desde el 17 de septiembre de 2013, en el que efectuó su ingreso. A partir del momento del ingreso, inició el proceso formativo requerido por la Iglesia Católica para la Ordenación del Diaconado y del Presbiterado, que puede tener una duración aproximada de seis años, momento en el que accederá al estado clerical y por tanto a recibir el beneficio económico correspondiente. *"Hasta ese momento, si no hay ningún tipo de dificultad, debe hacer frente, colaborando económicamente, con sus gastos de alojamiento y manutención, así como en todo lo relacionado en el ámbito académico (matrículas, libros...). Debido a su currículum personal, tanto académico como personal, no percibe ningún tipo de beca de la Administración"*.

OCTAVO.- Requerido nuevamente el interesado para evaluar económicamente el daño por el que reclama, contesta el 1 de junio de 2016, reiterando que la cuantía que solicita como indemnización es la resultante de las diferencias entre lo percibido en concepto de prestación de desempleo y lo que hubiera cobrado de no haber sido cesado.

Precisa, además, que: a) el 20 de noviembre de 2014 no renunció a ninguna lista de espera y que, de hecho, sigue activo en las de los Cuerpos Administrativo, de Gestión Administrativa y Superior de Administradores; b) que los puestos a los que fue convocado no tenían una duración superior a seis meses, que estaban en municipio diferente al de su residencia y que no se correspondían con el Cuerpo Superior de Administradores; c) que su no incorporación a los mismos estuvo justificada por encontrarse en período formativo; y d) que mantiene relación laboral con la Escuela Regional de Administración Pública para la que imparte diversos cursos.

Procede, a continuación a efectuar el cálculo de las cantidades debidas en tres anualidades (2013, 2014 y 2015), arrojando un total de 47.097,93 euros. Cantidad ya actualizada a la fecha del escrito.

Solicita el interesado el abono de dicha cantidad así como que se proceda a regularizar sus cotizaciones a la Seguridad Social.

NOVENO.- El 8 de junio comparece el interesado ante el instructor en trámite de audiencia, otorgándosele un plazo de diez días para presentar alegaciones, lo que cumplimenta el 10 de junio mediante escrito en el que en síntesis reitera que no renunció a ninguna lista de espera el 20 de noviembre de 2014. Afirma, asimismo, que aunque uno de los puestos a los que fue convocado sí pertenecía al Cuerpo Superior de Administradores, fue "cogido" por la aspirante que había sido convocada junto a él y que tenía mejor puntuación, por lo que no habría tenido opción de acceder al mismo. En cualquier caso, se trataba de un puesto de inferior nivel al que estaba desempeñando en la Administración, en un municipio diferente y de corta duración.

Afirma, igualmente, que de haber sido nombrado funcionario de carrera el 13 de enero de 2009, como debió serlo, no habría sido cesado el 15 de septiembre de 2013, ni habría sido llamado de la lista de espera el 20 de noviembre de 2014, ni habría sufrido otros perjuicios de tipo moral como el tener que seguir preparando oposiciones, verse relegado por los funcionarios de carrera en determinadas situaciones o tener que afrontar los costes de un proceso judicial para obtener el reconocimiento de su derecho a acceder a la condición de funcionario de carrera.

En cualquier caso, su no incorporación a los puestos ofrecidos estuvo amparada por encontrarse en período de formación. Además, considera que la Administración entendió justificada su no incorporación a los puestos ofrecidos, pues no resultó excluido de ninguna de las listas de espera en las que estaba inscrito, como debió de haber hecho si consideraba que renunciaba de forma injustificada al llamamiento efectuado.

DÉCIMO.- Con fecha 16 de junio de 2016, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por ausencia del requisito de antijuridicidad del daño, sobre la base de estimar que la interpretación inicialmente realizada por la Administración acerca del porcentaje de respuestas necesarias para aprobar el ejercicio fue razonable y no arbitraria, viniendo el interesado obligado a soportar el daño alegado.

Considera, asimismo, dicha propuesta de resolución que dadas las circunstancias del caso, no está acreditado que, de haber sido nombrado funcionario de carrera x, hubiera tenido intención de prestar servicios durante el período por el que solicita ser indemnizado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 1 de julio de 2016.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), Disposición derogatoria única, párrafo 2, letra a), la cual, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, a tenor de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a) LPACAP, a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Por tanto, la nueva regulación será aplicable a los procedimientos de responsabilidad patrimonial iniciados a partir del día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP), no siendo el caso del sometido a Dictamen.

II. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio que atribuye al funcionamiento de los servicios públicos, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 LPAC; dicha legitimación, en su condición de parte afectada, concurre en el reclamante, quien, según alega, ha visto mermadas sus percepciones económicas como consecuencia del cese en su condición de interino, que determinó el final de su prestación de servicios para la Administración regional y, en consecuencia, que dejara de percibir la contraprestación económica anudada a su desempeño profesional.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma, en la medida en que fue la actuación de uno de sus órganos, el tribunal calificador de las pruebas selectivas, que interpretó erróneamente las bases reguladoras del procedimiento selectivo, la que generó el daño, pues se retrasó indebidamente el nombramiento como funcionario de carrera del hoy reclamante, propiciando que fuera cesado como interino.

III. La reclamación ha de considerarse presentada dentro del plazo anual que para el ejercicio de la acción resarcitoria frente a la Administración prevé el artículo 142.4 LPAC, cuando ésta se basa en la anulación por el orden jurisdiccional de un previo acto administrativo, toda vez que el *dies a quo* de dicho plazo coincide con la fecha en que la sentencia definitiva deviene firme. En el supuesto sometido a consulta, si bien no consta la fecha de notificación de la sentencia al interesado, sí consta la de su dictado, el 29 de junio de 2015, por lo que la reclamación presentada el 27 de abril de 2016, ha de calificarse de temporánea.

No es óbice para dicha conclusión la circunstancia de que el cese como personal interino que motiva la reclamación y que determina el comienzo del período a que se refieren los daños por los que se reclama se produjera en el año 2013, pues no es hasta la indicada sentencia de 29 de junio de 2015, que el interesado puede conocer la ilegalidad del criterio que determinó que en el momento de su cese no fuera funcionario de carrera, de modo que hasta que se le notifica la sentencia no tuvo conocimiento de una circunstancia que podría llegar a ser determinante para la calificación como antijurídico del daño reclamado. Sería de aplicación aquí la conocida doctrina jurisprudencial de la *actio nata*, en cuya virtud "*el cómputo del plazo de prescripción no puede realizarse sino desde el momento en que resulta posible el ejercicio de la acción por estar plenamente determinados los dos elementos del concepto de lesión, como son el daño y la constatación de su ilegitimidad*" (STS de 22 de diciembre de 2010).

IV. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido con lo establecido en la LPAC, salvo en lo relativo al plazo invertido en la resolución del procedimiento que ha excedido del máximo previsto.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

I. Consideraciones generales.

El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. La responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo.

En ocasiones anteriores ha manifestado el Consejo Jurídico (Dictámenes 197/02 y 36/09, entre otros) que el instituto de la responsabilidad patrimonial nace con la finalidad de compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos y, traduciéndose frecuentemente el quehacer de las Administraciones en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa en la adopción de actos de tal naturaleza que posteriormente sean anulados por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico. La LPAC da respuesta a este supuesto de hecho regulándolo de modo específico. Así en el artículo 102.4 (incardinado en el título VII donde se regula la revisión de los actos administrativos) establece: "Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma".

Por su parte el artículo 142.4 del título X de dicho texto legal, destinado a regular la responsabilidad patrimonial, dispone: "La anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero 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".

Dichos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de ésta se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que aquél pueda imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo.

III. El daño y su relación causal con el funcionamiento anormal de los servicios públicos de selección de personal.

Que el cese como interino determina un daño de carácter patrimonial está fuera de toda duda, toda vez que conlleva para el cesado la merma de percepciones económicas asociadas a la prestación de servicios para la Administración regional, así como otras consecuencias añadidas, en términos de pérdida de cotizaciones sociales. No obstante, las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a consulta exigen considerar si el daño alegado reúne las características de certeza, realidad y efectividad, que ha de revestir para poder ser indemnizado, como se argumenta *in extenso* en la Consideración Cuarta, *in fine*, de este Dictamen.

Así mismo, cabe considerar que el cese de su prestación de servicios para la Administración el 15 de septiembre de 2013 se produjo como consecuencia de ser todavía, en esa fecha, funcionario interino, pues dicha condición fue determinante de la finalización de su nombramiento al ser ocupado por una funcionaria de carrera el puesto de trabajo que venía desempeñando, causa de cese ésta exclusiva de los interinos (art. 7.3, b del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero). Puede afirmarse, entonces que, si bien la causa inmediata de la extinción de la relación de servicios del interesado fue la ocupación por otra empleada pública del puesto que venía desempeñando, la causa mediata fue que en ese momento aún mantuviera su condición de interino, lo que no habría acontecido de haber sido nombrado funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores en el año 2009, cuando lo fueron los inicialmente seleccionados en el procedimiento en que participó el interesado.

CUARTA.- La antijuridicidad y certeza del daño alegado: inexistencia.

I. La antijuridicidad del daño.

De conformidad con lo establecido por el artículo 141.1 LPAC, "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Esta exigencia de la antijuridicidad del daño -uno que no se tenga el deber de soportar- subraya el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, "pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de aquella actividad", de modo que éste "únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga. Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos" (línea tradicional de la jurisprudencia que resume la Sentencia del TS de 23 de marzo de 2009).

Cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es la referente al deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación de un acto administrativo cuando ésta se produce por la valoración, por parte del órgano judicial o administrativo, de conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de apreciación que hace compleja la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, y que ha sido analizada, entre otros, en nuestros Dictámenes 100/05, 124/07 y 179/08. Sigue aquí el Consejo Jurídico la línea ya consolidada de la jurisprudencia, que, superando la clásica doctrina del margen de tolerancia, destaca cómo -en especial en aquellos casos donde entran en juego conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación para la Administración- la procedencia de indemnizar debe girar sobre el análisis de ciertos criterios en la resolución anulada: si ésta cumple o no los estándares de suficiencia probatoria, motivación, racionalidad y razonabilidad, de forma que su anulación no produzca la obligación de reparar los perjuicios producidos al particular, los cuales se entienden, así, lesiones no indemnizables (en esta línea, SSTS de 31 de enero y 14 de julio de 2008 y de 15 de junio de 2010). En el mismo sentido, la STS de 21 de febrero de 2012, señala cómo "nuestra jurisprudencia, dado lo que dispone el inciso primero del art. 142.4 de la Ley 30/1992, y antes el art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, niega la antijuridicidad del daño si la resolución administrativa luego anulada... fue reflejo de una interpretación razonada y razonable de las normas jurídicas que aplicó".

No obstante, la jurisprudencia viene diferenciando el tratamiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en el ejercicio de facultades discretionales o de "aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución". En tales supuestos, matiza la Sala Tercera del Tribunal Supremo, "es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración". De forma que faltaría uno de los requisitos necesarios para entender concurrente uno de los presupuestos necesarios para la condena patrimonial de la Administración: "Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre 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 un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. 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" (STS de 27 de noviembre de 2012).

Ya en alguna ocasión (Dictamen 1957/2009), el Consejo de Estado ha señalado que "no siempre la ilegalidad supone un daño indemnizable en la vía de la responsabilidad patrimonial. La actuación sometida a la legalidad y la actividad no lesiva de la Administración son dos garantías esenciales, pero diferentes e incluso de diverso encaje constitucional (artículos 103 y 106.2 de la Constitución, respectivamente)".

En pronunciamientos más recientes (por todos, Dictamen 208/2016), el Consejo de Estado asume la doctrina jurisprudencial ya expuesta y recuerda que *"en los casos de anulación de resoluciones administrativas en las que han de valorarse conceptos jurídicos indeterminados o aplicarse criterios que supongan un cierto margen de apreciación, se condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados. También ha señalado el Tribunal Supremo (en relación con la anulación de acuerdos de la Administración laboral) que para declarar la responsabilidad patrimonial es necesario distinguir aquellos supuestos en que la anulación de la resolución de la Administración se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos, de forma que sólo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen todos los requisitos exigibles (STS de 12 de septiembre de 2008, con cita de otra de 21 de abril de 2005)... En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012, entre otras). Esta doctrina, que bien puede ponerse en conexión con la "violación suficientemente caracterizada" exigida en el ámbito de la Unión Europea, ha sido reiteradamente afirmada por el Consejo de Estado en ocasiones anteriores (así, dictámenes números 197/2013, 897/2013 o 627/2015, entre otros muchos)".

La aplicación de la doctrina anterior al supuesto ahora sometido a consulta conduce a rechazar la antijuridicidad de los perjuicios invocados. Para ello, basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo en que se funda la reclamación, recoge cómo el Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso interpuesto por el hoy reclamante, dado que consideró correcta la decisión del tribunal calificador de fijar el porcentaje de aciertos necesarios para entender superado el ejercicio en el 33,33% de respuestas acertadas y no en el 50%. A tal efecto, *"la sentencia se fija, por un lado en que la Orden de 20 de junio de 2007, la de convocatoria, si bien se remite a la de 17 de junio de 2004, lo hace respecto de lo que en ella no se ha previsto y sucede que aquélla es clara cuando exige una puntuación mínima de dos puntos para aprobar la oposición y fija la máxima (seis puntos) que se puede obtener en ella una vez descontadas las penalizaciones. Además, observa, esta solución se corresponde con la preconizada por el Acuerdo alcanzado por la Administración y las Organizaciones sindicales el 27 de febrero de 2007 (punto 7.3.1) y por el Decreto 35/2007, de 30 de marzo, cuya aplicabilidad al caso también establece la Orden de convocatoria"*.

Así pues, para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sentencia núm. 221/2013, de 18 de marzo), el tribunal calificador acierta al interpretar el marco normativo de las pruebas selectivas y fijar que el porcentaje de respuestas correctas necesario para superar el ejercicio era del 33,33% y no del 50%, al dar prioridad a lo establecido en las bases específicas y a los acuerdos sindicales que estaban en la base de la convocatoria de los procesos de consolidación de empleo en que se incardinaban las pruebas selectivas, frente a lo establecido en las bases generales, que resultaban aplicables sólo en lo no establecido en aquéllas.

Es cierto que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de junio de 2015, consideró el criterio adoptado por el tribunal calificador como erróneo, pues no se ajustaba a lo establecido por las bases generales de pruebas selectivas, que exigían un 50% de aciertos netos para entender superados los ejercicios tipo test, como el que se desarrolló en el proceso selectivo en cuestión. Precisa el Alto Tribunal que, frente a lo que interpretó la Administración, *"no existe contradicción, sino complementariedad"* entre la convocatoria y la Orden de bases generales, pues *"son cosas distintas la puntuación mínima necesaria para aprobar el ejercicio y la forma en que se establece esa puntuación mínima a partir de las respuestas a un cuestionario de 150 preguntas y del sistema de penalización previsto"*. De no ser aplicable, continúa la Sentencia, la Orden de bases generales podría justificarse la interpretación efectuada por el órgano selectivo *"ya que cabe lógicamente concluir que, si el aprobado está en dos puntos sobre seis se obtengan esos dos puntos con el 33,33% de los aciertos netos. Pero la remisión a las bases generales impide esta solución ya que impone otra distinta e igualmente aceptable, porque de la fijación en dos puntos del aprobado no se sigue necesariamente que el porcentaje neto de aciertos para alcanzarlos deba ser el 33,33% ni que no pueda ser el 50%"*.

Así pues, el Tribunal Supremo consideró la interpretación de las bases efectuada por el órgano selectivo perjudicial para los recurrentes y contraria al ordenamiento, pero de ello no se sigue que haya que calificar la postura del tribunal calificador de arbitraria ni de irrazonable. Y es que ha de recordarse al efecto que la

convocatoria del proceso selectivo se realizó en cumplimiento del Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Administración y Servicios de 27 de febrero de 2007, para la aplicación de medidas de carácter social tendentes a la reducción de la temporalidad, y del Decreto 35/2007, de 30 de marzo, en el que se contienen medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público y reducción de la temporalidad. En ambos se contiene el criterio de que en los procesos excepcionales de estabilidad en el empleo público y reducción de la temporalidad, la puntuación máxima del ejercicio sería de seis puntos, debiendo alcanzarse dos puntos para su superación, criterio que fue fijado tras una laboriosa negociación, como se desprende de las actas de la Mesa Sectorial incorporadas al expediente (folios 79 y siguientes). En esta finalidad que perseguía la convocatoria (consolidación de empleo temporal) puede encontrarse la justificación de la fórmula de corrección elegida por el tribunal calificador, que resultaba facilitadora de la superación del ejercicio en un proceso selectivo cuyos destinatarios naturales eran quienes ya ostentaban la condición de empleados públicos, si bien con carácter interino o temporal, y quienes en consecuencia ya habían demostrado con su desempeño profesional su capacidad para el desempeño de funciones públicas y a quienes se pretendía incorporar con carácter definitivo a la condición funcionarial. Es evidente que, en la medida en que el criterio de corrección resultaba contrario a las bases, dicha interpretación fue incorrecta, pero no arbitraria ni irrazonable y que fue aplicada a todos los opositores sin distinción.

Por tanto, en la medida en que el tribunal calificador, con arreglo a las bases aplicables, tenía que interpretar dos preceptos aparentemente contradictorios para determinar qué porcentaje de aciertos en el test era necesario para superar la fase de oposición y permitir pasar a la de concurso; que dicha interpretación no era sencilla, como demuestra el hecho de que dos órganos jurisdiccionales llegaron a conclusiones opuestas en su labor hermenéutica de las bases; y que el órgano selectivo de la Administración adoptó la interpretación más acorde con la finalidad de consolidación de empleo temporal que animaba al proceso selectivo, considera este Consejo Jurídico que su anulación posterior por contravenir las bases generales de las pruebas selectivas no convierte en arbitraria o irrazonable aquella incorrecta decisión, por lo que el daño causado no es antijurídico.

En el mismo sentido y sobre la base de similares argumentos, se pronuncia la STS de 23 de septiembre de 2014, en un caso que guarda evidentes similitudes con el que es objeto del presente Dictamen, pues se ventila una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por quien resulta seleccionado en unas oposiciones de consolidación de empleo temporal, tras la anulación por el Tribunal Supremo de un criterio de corrección aplicado por el órgano selectivo y que había sido inicialmente sancionado por la Audiencia Nacional.

En consecuencia, en la medida en que el daño alegado carecería de la antijuridicidad necesaria para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede la desestimación de la reclamación formulada.

II. La falta de certeza acerca del carácter real y efectivo del daño alegado.

Abundando en argumentos que apoyan el rechazo de la pretensión indemnizatoria del actor, ha de señalarse que el daño reclamado no reviste las características de certeza, realidad y efectividad que se exigen (art. 139.2 LPAC) para considerarlo indemnizable. En efecto, de los datos que ofrece el expediente, no cabe entender como cierto que el interesado hubiera continuado trabajando en la Administración regional con posterioridad a la fecha de su cese, el 15 de septiembre de 2013, aun cuando hubiera sido nombrado funcionario de carrera con anterioridad a dicha fecha. Y ello porque, una vez nombrado como tal tras la Sentencia de 29 de junio de 2015, el interesado pasa a la situación de excedencia voluntaria por interés particular con fecha 18 de noviembre de 2015, coincidiendo con su toma de posesión y sin que, en consecuencia, haya llegado a prestar servicios en su recién ganada condición de funcionario de carrera.

Ya antes de dicha fecha, en noviembre de 2014, solicita de la Administración regional no ser llamado para cubrir puestos de la lista de espera del Cuerpo Superior de Administradores, debido a la formación que en ese momento seguía en el Seminario Mayor de Murcia orientada al sacerdocio y que, con una duración de unos seis años (conforme informa el Rector de dicha institución), inicia el 17 de septiembre de 2013, es decir, tan sólo dos días después de su cese como interino. Estas actuaciones de x, en las que prioriza su formación frente a las oportunidades de retomar su relación de servicio con la Administración, primero como funcionario interino y luego ya como de carrera, son difícilmente compatibles con la afirmación actora de que, de haber ostentado la condición de funcionario de carrera en septiembre de 2013, hubiera seguido en situación de activo en el Cuerpo Superior de Administradores, y que no hubiera solicitado el pase a la excedencia voluntaria ya en aquella fecha, para centrarse en su formación sacerdotal, lo que habría determinado que no devengara derecho a retribución alguna.

No pueden apreciarse, entonces, las notas de certeza y realidad del daño que el ordenamiento exige para calificarlo como indemnizable.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda la generación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente, la antijuridicidad del daño y el carácter real y cierto de éste.

No obstante, V.E. resolverá.

