

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Joan Miquel ROIG MESTRE

*Secretario Interventor
Ajuntament de Calaf (Barcelona)*

*Trabajo de Evaluación presentado para el curso: Responsabilidad patrimonial
de la Administración (VIII edición). CEMCI*

SUMARIO:

1. Introducción
2. Responsabilidad derivada de actos administrativos contrarios a derecho
3. Daños al opositor inicialmente aprobado
4. Pérdida de la oportunidad de acceso a la función pública
5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública no solo está sujeta a la garantía que suponen los controles judiciales y no judiciales. El sistema de garantías del derecho administrativo se completa con la regulación de las consecuencias indemnizatorias que tiene toda actuación administrativa que ocasione daños y perjuicios en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esta garantía patrimonial se traduce en un régimen de responsabilidad de la Administración que tiene naturaleza jurídica pública.

El artículo 106.2 CE establece que: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho 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».

En el marco legal vigente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, integra como especialidades del procedimiento administrativo común la responsabilidad patrimonial, que la Ley 30/1992 regulaba en título separado.

Según el preámbulo de la ley «Este planteamiento responde a uno de los objetivos que persigue la misma, la *simplificación* de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica. De acuerdo con la sistemática seguida, los *principios generales* de la potestad sancionadora y de la responsabilidad

patrimonial de las Administraciones, en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, se regulan en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

Así, los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), contienen los *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración. De este modo, para que sea indemnizable debe tratarse de una lesión resarcible, antijurídica, efectiva, evaluable e individualizada.

Establecidos los presupuestos legales vigentes, cabe señalar que los procesos de acceso a la función pública constituyen expedientes complejos en que concurren gran pluralidad de interesados y, por ende, intereses divergentes que deben ser gestionados tanto por el tribunal como por la Administración convocante respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, además de los principios que el EBEP y normativa concordante establecen para estos procesos, sin olvidar lo establecido en las bases de la convocatoria, que son sin duda la ley última por la que se rigen dichos procesos selectivos.

De hecho, la mera participación en un concurso, oposición o concurso oposición genera una serie de derechos que se ven incrementados hasta la consecución de una de las plazas convocadas, siendo estas un *números clausus* que con frecuencia produce que una persona beneficiada por determinada decisión administrativa o jurisdiccional genera necesariamente otra persona perjudicada por la misma.

Si a ello le sumamos los años de estudio y la necesaria importancia que para cada individuo y su proyecto vital suponen sus aspiraciones con para el referido expediente, todo ello genera una situación que es, sin duda, un campo fértil para el cultivo de la disciplina de la responsabilidad patrimonial.

2. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRARIOS A DERECHO

El artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público determina en su inciso segundo que la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos no presupone, por si misma, derecho a la indemnización.

De esta manera, el hecho cierto de la invalidación de un acto administrativo no cabe presuponer *per se* que exista responsabilidad objetiva y directa que deba asumir la Administración Pública autora del acto invalidado, sino que el hecho de que prospere o no el ejercicio de la responsabilidad patrimonial se dará por la concurrencia de todos los requisitos previstos legalmente.

Dicho esto, cabe resaltar la dificultad que para la administración Pública convocante supone en muchas ocasiones la materialización de los efectos de las sentencias estimatorias de las pretensiones deducidas, pues cuando nos referimos a procesos de ingreso en la función pública, la anulación implica el perjuicio a otra persona que inicialmente había obtenido plaza pero, una vez mencionado eso, dejaremos tales disquisiciones para el apartado siguiente.

En relación con la anulación jurisdiccional de las bases de la convocatoria, nos referimos en primer lugar a la STSJ de Valencia de 19 de junio de 1999 (núm. rec. 3539/1996), de la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo.

En este supuesto, tras la supresión de determinados cuerpos de la inspección de la inspección de educación, debía reservarse un porcentaje de la OEP a los miembros de dichos cuerpos. Recayó sentencia contra la convocatoria del proceso selectivo, confirmándose por el Supremo.

La Administración cesa por ello a los recurrentes que alegan que la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos en el procedimiento. Esto no se aplica en la función pública, por lo que no se consideran actos diferentes sino altamente interrelacionados.

Así, siendo nulo el acceso originario, no ha lugar a responsabilidad patrimonial a favor de los recurrentes.

En un caso similar, la STSJCV de 9 de junio de 2000 (núm. rec. 2037/1997); Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, determina el proceder de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por varios inspectores educativos al perder sus destinos que tenían en propiedad como docentes de carrera y sus puestos en la Función Inspectora Educativa, viéndose imposibilitados para concurrir a convocatorias posteriores a la anulada para acceder a la Inspección educativa, así como privados de la posibilidad de ingresar en el Cuerpo de Inspectores de Educación creado por la Ley Orgánica 9/1995.

En este supuesto, reflexiona el TSJCV que el daño es antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo en el sentido de que no existan causas de justificación que lo legitimen.

En relación a este requisito aplicado a los casos de anulación de resoluciones administrativas, la jurisprudencia determina que es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de unos márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión.

Esto se basa en que la Administración, para resolver sobre las pretensiones planteadas, topa ante el ordenamiento jurídico vigente o determinados conceptos jurídicos indeterminados, implicando todo ello el necesario análisis de criterios valorativos para cuya determinación exista un margen relativo de apreciación.

Por ello, la jurisprudencia establece el deber del particular de soportar las diferentes consecuencias de tal análisis valorativo, siempre que sea dentro de los márgenes racionales y razonables ya mencionados.

Por su parte, la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya se pronuncia en su dictamen 172/2016, de 30 de junio en un sentido similar. Trata sobre la reclamación formulada por una aspirante en un proceso selectivo para cubrir una plaza de profesora en la Universitat Rovira i Virgili.

En este caso, los pronunciamientos judiciales recaídos, anulaban las diferentes resoluciones objeto de recurso, por cuanto los miembros de las comisiones de selección

no reunían condiciones objetivas para formar parte, es decir, por causa de incompatibilidad o por no reunir las condiciones, y, por tanto, al margen de las subjetivas derivadas de la relación con la concursante. No se puede afirmar, como se pretende en el escrito de reclamación, que hubiera una voluntad, dimanante del rectorado y compartida por otros profesores de la URV que formaban parte de las sucesivas comisiones de evaluación, para impedir el concreto acceso de la persona concursante en la plaza de profesor a la que aspiraba.

De este modo, con independencia de que queda demostrado que hubo actuaciones contrarias a derecho, no queda demostrado el presupuesto fáctico esencial que avalaría la tesis de la reclamante y, por tanto, no hay un funcionamiento del servicio, de evaluación de candidatos y de constitución de las comisiones de evaluación en este supuesto, generador, en relación de causa a efecto, del daño que haya podido experimentar la reclamante.

Por ello, la CJA entiende que desde la perspectiva del requisito del daño, no puede considerarse que haya daños morales ni materiales sobre la base del desprestigio profesional y el esfuerzo anímico en llevar la defensa de los derechos de la reclamante, y sobre la base, también, del lucro cesante derivado de las ganancias no percibidos por no haber ocupado la plaza, la adjudicación final de la cual nunca fue real ni efectiva, sino sólo una expectativa, futura y potencial.

Además, tampoco existe ningún elemento probatorio del perjuicio psicológico sufrido, y nada impedía a la reclamante ejercer otras actividades que le reportaran ingresos. En todo caso, retomaremos estas cuestiones en apartados sucesivos.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial anterior tiene como premisa de sus argumentos el deber jurídico de soportar el daño frente a supuestos de actuaciones administrativas de gravamen o limitativas de derechos, anuladas posteriormente en sede judicial. Distinto es el caso en que el interesado se hubiera beneficiado de una actuación administrativa favorable, incluyendo la adquisición de derechos o reconocitiva de pretensiones.

En estos supuestos, la mera impugnación judicial altera el estatus jurídico del beneficiado por tal acto administrativo, ya que pasa a ser titular de una simple expectativa de que la situación de que disfruta se mantenga o consolide, en función de cuál sea el definitivo resultado de la impugnación jurisdiccional.

De hecho, es habitual que la estimación de la demanda interpuesta por quien ha visto rechazado su acceso a una plaza comporte el efecto del cese en su desempeño por parte de aquel que la había obtenido pese a tener menos méritos que el recurrente. Y no es de este cese de donde derivaría la eventual responsabilidad de la Administración, sino, en su caso, de la denegación del acceso a la plaza del concursante que tenía derecho, y que tuvo que acudir a la vía judicial para ver reconocido tal derecho.

En síntesis, en ningún momento puede hablarse de que de dicha convocatoria derivaran derechos a favor del inicialmente posesionado o de que se produjeran situaciones consolidadas pues, desde la misma fecha de interposición del recurso jurisdiccional, la situación de los actores es meramente expectante y supeditada al resultado final del proceso judicial que podía serles o no favorable.

En lo que respecta al cómputo del plazo para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial, cabe señalar que el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 preceptúa que *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.”*

No obstante, la STJ de Asturias de 18 de noviembre de 2019 (recurso núm. 622/2018) plantea que más allá del tenor literal del precepto citado, *“es preciso dar aquí cuenta de la matización que algunas sentencias reflejan, conforme a la cual tal arranque del cómputo desde la fecha de firmeza de la sentencia sólo se producirá cuando de sus términos quepa inferir indubitadamente la existencia de la lesión patrimonial y su carácter antijurídico. Ello no significa, sin embargo, que en ese momento de la sentencia firme sea exigible conocer al detalle todos los elementos para identificar aquélla y evaluar su magnitud económica, ya que derivan de la nulidad del acto administrativo como título jurídico que a un tiempo determina la lesión y su carácter antijurídico”*.

3. DAÑOS AL OPOSITOR INICIALMENTE APROBADO

En este punto debemos centrarnos en los perjuicios ocasionados a la persona opositora que ha superado el proceso selectivo y que, tras haber transcurrido un tiempo, pudiendo ya estar ejerciendo, una decisión judicial invalide el nombramiento.

En este supuesto, se quebranta el principio de confianza legítima, previsto en nuestro ordenamiento jurídico, originando en algunos casos una lesión indemnizatoria.

Respecto al mencionado principio, establece la STS de 22 de febrero de 2016, (nº rec. 4048/2013) que:

“Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3)”.

Más recientemente, la STS de 20 de marzo de 2019 (nº rec. 2116/2016) ha señalado:

“Desde esta perspectiva la aplicación de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima más el de proporcionalidad, llevan a la estimación de los recursos de casación. Esto es así por las siguientes razones:

1º Al margen de las peculiaridades de cada caso, esta Sala ha fijado como criterio que es contrario a tales principios, en especial cuando se trata de procedimientos selectivos en los que ha transcurrido un tiempo excesivo -en este caso, diez años desde la convocatoria y nueve desde la realización del ejercicio-, que las consecuencias de la declaración de nulidad recaigan sobre los aspirantes que, ajenos a la irregularidad cometida, concurrieron de buena fe y que con arreglo a criterios de mérito y capacidad contrastados, superaron un ejercicio o el proceso selectivo. Baste al respecto estar a la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 18 de marzo de 2019, recurso de casación 499/2016”.

En relación con estos elementos, deberán estudiarse en cada caso pero de entrada cabe mencionar que un aspirante que hubiera superado un proceso de acceso a la función pública se basa en signos innegables y externos (pues le asisten las actas del tribunal, la resolución de nombramiento, el acta de toma de posesión...), ha visto generadas unas esperanzas legítimas (derivadas de la superación misma del proceso, obteniendo la puntuación que dio lugar a la plaza) y además la conducta de la administración –ya sea por mandato judicial o no- es diferente de la anterior (y ello se exterioriza debiendo ser diferente la persona que ocupa la plaza convocada).

Todo ello se agrava pues, atendiendo a los tempos de resolución judicial y a los eventuales recursos, en el momento del fallo la persona inicialmente aprobada puede llevar años prestando sus servicios en base al proceso selectivo objeto de revisión.

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2001 sostiene que la pérdida de la condición de personal estatutario fijo es consecuencia de la aplicación de la legalidad por el TS y no supuso la privación de un derecho sino la declaración de que no le correspondía aquel derecho.

En aquel supuesto, la persona reclamante fue parte codemandada en el proceso jurisdiccional que propició la anulación parcial del proceso selectivo de referencia, pudiendo en aquel defender su pretendido derecho.

Así, se entiende que al acatar la Administración el mandato judicial, la reclamante también tiene el deber jurídico de soportar aquel.

El Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia entiende que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública exige vigilar con un gran rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo excluyendo las que pudieran colocar en situación de ventaja a unas personas aspirantes frente a otras, pues dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad amparado en los artículos 14 y 23.2 CE.

De este modo, entiende el Alto Tribunal que la comunicación por parte del Presidente del Tribunal a varios aspirantes de unos casos prácticos que finalmente fueron propuestos en el segundo ejercicio de la fase de oposición es obvio que situó a estos en una posición de mayor facilidad y ventaja para la superación de la oposición.

Todo ello, a su vez, pone en tela de juicio la imparcialidad y objetividad que debe regir el funcionamiento de este tipo de procedimientos.

Así, en este caso la clave para que exista daño resarcible es si hubo un mal funcionamiento del tribunal calificador, que incluso podría ser materia de otro orden jurisdiccional.

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial mayoritaria establece como principio general el mantenimiento en la medida de lo posible de las situaciones de hecho originadas por los nombramientos resultantes de los procesos selectivos. Por todas, debemos citar la STS de 11 de mayo de 2009, la de 21 de diciembre de 2011 y la de 18 de enero de 2012.

Así, en este caso, se reduce notablemente la posibilidad de producción de daño resarcible.

4. PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El incumplimiento del plazo para la adjudicación o para la toma de posesión de las plazas de los nuevos efectivos tras el desarrollo de un proceso selectivo puede dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

De hecho, la tardanza en dicha adjudicación o toma de posesión puede llegar a suponer para la Administración el desembolso de importantes cantidades de dinero en base a diferentes conceptos indemnizables.

Tradicionalmente, aunque no se anudaba el incumplimiento del plazo a la anulación del proceso selectivo, ya se indicaba que ello podría dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

Debe decirse que, si bien la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública ni el Reglamento General de Ingreso establecen límites temporales para el desarrollo de las previsiones contenidas en la Oferta Pública de Empleo, el EBEP introduce una novedad al establecer un plazo máximo de 3 años para la ejecución de la oferta.

Asimismo, recientemente las normas que aprobaron las Ofertas de Empleo Público (por todas el Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2007), se refieren al principio de anualidad como uno de los principios que deben imperar en los procesos selectivos que desarrollen las previsiones de la Oferta de Empleo Público, y que trae causa del principio de anualidad que rige en los presupuestos públicos de las diferentes Administraciones, pues se trata de ofertar y cubrir aquellas plazas vacantes que se hayan previamente dotado presupuestariamente para un ejercicio determinado.

De este modo, tal principio de anualidad no debe ser entendido en el cómputo anual de doce meses, sino como el año natural, al que hacen referencia los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas.

Aun así, cabe señalar que no toda dilación en el nombramiento y toma de posesión de las personas aprobadas en un proceso selectivo implica responsabilidad patrimonial, pues puede derivarse de causas no imputables a la Administración, o bien no constituir lesión antijurídica porque se derive de las propias necesidades de autoorganización de la Administración, y que el particular está obligado a soportar.

En un supuesto en que si hallamos indemnización es en la SAN 277/2012, de 21 de diciembre de 2012, en la que, estimando el recurso interpuesto por una opositora - participante en un proceso selectivo convocado por la AEAT- contra la desestimación presunta de su reclamación por responsabilidad patrimonial, ha condenado a la Administración a abonarle 26.839,98 € por la dilación de 1 año, 4 meses y 6 días en la publicación de su nombramiento.

En este supuesto, la dilación de más de un año y cinco meses en el nombramiento y toma de posesión de la recurrente fue consecuencia de una importante e injustificada dilación de la Administración en el cumplimiento del plazo establecido para tal

nombramiento y toma de posesión, existiendo el correspondiente nexo causal entre el daño y el funcionamiento de la Administración, siendo la lesión antijurídica porque el concurso de méritos que podría justificar la tardanza se dilató considerablemente en el tiempo, sin ninguna causa aparente.

Por ende, el Juzgado concluye que es patente el daño efectivo producido por esa importante dilación, sin justificación alguna, en el cumplimiento del plazo establecido para el nombramiento y toma de posesión. Y por ello procede a reconocer el quantum indemnizatorio solicitado por la opositora, al no haber sido cuestionada la citada cantidad ni haber tratado de probar que hubiese estado percibiendo, durante ese tiempo, cualquier sueldo o salario que hubiere podido compensar todo o parte de la retribución no percibida en el período reclamado.

De hecho, en el FJ 6 de la misma, cita las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 y 5 de junio de 2001 en las que se determinan los consabidos presupuestos para que se produzca responsabilidad patrimonial. Así, señala que:

“No todo retraso en el nombramiento y toma de posesión de los aprobados en un proceso selectivo puede dar lugar a responsabilidad patrimonial ya que tal retraso puede derivarse, en unos supuestos, de causas no imputables a la Administración y, en otros, no constituir una lesión antijurídica porque se deriven de necesidades de autoorganización de la Administración que el particular viene obligado a soportar. En el caso de autos, a la recurrente se le ha producido un daño, que ha concretado en no haber percibido los haberes correspondientes hasta el 29 de mayo de 2009, en la tardanza en la consolidación de trienios y grado personal y en la participación de concurso y cotización a la seguridad social.

Se entiende así que la dilación de más de un año y cinco meses en el nombramiento y toma de posesión de la recurrente fue consecuencia de una importante e injustificada dilación de la consecuencia de una importante e injustificada dilación de la Administración en el cumplimiento del plazo establecido para tal nombramiento y toma de posesión, existiendo el correspondiente nexo causal entre el daño y el funcionamiento de la Administración demandada, siendo la lesión antijurídica pues el concurso de méritos que podría justificar la tardanza se dilató considerablemente en el tiempo, sin causa aparente, surgiendo posteriores discrepancias

entre distintos órganos de la Administración, tampoco justificadas, que llevó al resultado anteriormente descrito”.

En otro orden de cosas, en línea con lo señalado en los párrafos anteriores en relación con la tardanza en el nombramiento o toma de posesión, cabe mencionar los supuestos en que una resolución jurisdiccional otorga la razón a un opositor que inicialmente no hubiera obtenido plaza en el mencionado proceso selectivo.

Ello, aunque no en los mismos términos que lo mencionado en este apartado, también puede implicar una reclamación por responsabilidad patrimonial.

El Dictamen número 13/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias se refiere a un caso en que una opositora presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud del Principado de Asturias

tras la anulación parcial de las actuaciones de un concurso-oposición por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7a).

El consejo consultivo del Principado de Asturias se remite a diversos pronunciamientos del TS relativos a la anulación parcial o total de procesos selectivos en que se aprecia la existencia de antijuridicidad en el daño ocasionado a las personas afectadas.

Así, en la STS de 13 de octubre de 2001 que resolvía el recurso 711/2000, aunque no llega a determinar la responsabilidad patrimonial por haber mediado un error judicial, sí reconoce de forma indubitada la concurrencia de antijuridicidad en la actuación de la Administración. Igual sucede en la STS de 1 de abril de 2003, resolviendo el recurso 10788/1998, invocando incluso el derecho al cargo "efectivamente adquirido (una vez superadas las pruebas de selección, previo al nombramiento conferido junto con la correspondiente toma de posesión), si bien sujeto naturalmente a los resultados de la impugnación (...) producida antes de su efectivo nombramiento".

Volviendo a la STS de 13 de octubre de 2001, precisó que la impugnación judicial no altera el estatus jurídico del beneficiado por el acto administrativo impugnado, puesto que ello "significaría que cualquier impugnación jurisdiccional transmutaría, sin más, en una mera expectativa, no susceptible de indemnización, cualquier, a su vez, situación jurídica afectada por la misma, y tampoco eso puede admitirse si se enuncia con pretensiones de generalización".

Por todo ello, dicho consejo consultivo concluye su dictamen estimando parcialmente la indemnización por daño moral, señalando lo siguiente:

“Pese a la dificultad en tasar los padecimientos de índole moral en este tipo de supuestos, en los que su singularidad determina la escasez de casos similares que permitan fijar parámetros objetivos de valoración, la confluencia de todas las circunstancias concurrentes en el caso, singularmente el tiempo transcurrido desde el nombramiento, la pérdida de una plaza adjudicada con carácter definitivo y la necesidad de volver a concurrir a unas pruebas selectivas para obtenerla, la naturaleza del hecho causante de la anulación -la irregularidad en el actuar administrativo-, así como la incidencia de lo anterior en su esfera personal y profesional, nos conduce a evaluar el sufrimiento moral padecido por la interesada, de forma prudencial, en 3.000 €.”

Aun así, una vocal formula voto particular pues entiende que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias puesto que la prueba de los daños objeto de reclamación no ha sido aportada ni se deduce del expediente, y la existencia de dicho daño no puede ser objeto de presunción como hace el dictamen aprobado.

Se basa en la sentencia del Tribunal Supremo que menciona que la recurrente no ha aportado información alguna que permita deducir *“el carácter irracional, ilógico y absurdo de la convicción plasmada en la sentencia de la Sala de Asturias”*.

En este punto entroncamos con la idea ya visto en apartados precedentes y que se basa en nutrida jurisprudencia del Supremo que expresa que, cuando la Administración

actúa dentro de los límites razonables y teniendo en cuenta que trabaja en base a conceptos jurídicos indeterminados, no existe daño antijurídico y por tanto no ha lugar a indemnización.

Por todas, citamos las STS siguientes. La Sentencia de 5 de febrero de 1996, la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º), la de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), la de 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), la de 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º), la de 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º, la de 16 de febrero de 2009, casación 1887/07), o la de 2 de febrero de 2012 (casación 462/11).

Volviendo a la dilación en el acceso a la función pública, citamos el auto del TSJPV de 7 de octubre de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección segunda en que se resuelve el incidente de ejecución de sentencia 1910/1995. En este supuesto, se excluyó a una aspirante del proceso selectivo y esta impugnó la lista de aprobados considerando que debían contársele más méritos. El fallo judicial le fue favorable pero, no obstante, no pudo acceder a la función pública pues la Administración alegó entonces el incumplimiento de un requisito distinto y no enjuiciado por parte de la aspirante.

En este supuesto, debe incluirse a la recurrente en la lista de aspirantes estableciendo una responsabilidad patrimonial.

En un supuesto similar encontramos la STS de 4 de febrero de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección séptima. En este caso el aspirante obtiene su inclusión en la lista de aprobados en sede judicial pero, aun así, plantea incidente de ejecución de sentencia por no habersele reconocido y aplicado los efectos económicos y administrativos que le reconocía el fallo.

Así, la Administración debe reconocerle plenamente los efectos económicos y administrativos desde la fecha en que debiera haberse efectuado el nombramiento.

Más recientemente, la ya citada STJ de Asturias de 18 de noviembre de 2019 (recurso núm. 622/2018) rechaza que el recurrente, aun habiendo permanecido ligado a la Administración con interinidades y privado de beneficios laborales y económicos (como antigüedad, promoción y carrera profesional) pues entiende que *“se están confundiendo los efectos económicos a futuro por el retraso en la obtención de la plaza en propiedad con el daño derivado de la anulación del segundo ejercicio del proceso selectivo, pues su daño surgió cuando, como consecuencia de dicha anulación judicial, se manifestó el efecto perjudicial que le obligaba a realizar el segundo ejercicio nuevamente, y a dicho daño le resultaba indiferente el resultado de la nueva prueba que pudiera haber sido contrario a su expectativa pero no por ello impediría su derecho al resarcimiento por tener que repetir el segundo ejercicio, esto es, la responsabilidad que se reclama surgiría en su caso de la anulación en vía judicial del segundo ejercicio de la oposición inicial, no de la obtención de plaza consecuencia de esa repetición”*.

He ahí un elemento clave: Los daños a futuro no son indemnizables. Ello puede parecer obvio pero no es infrecuente que los recurrentes tiendan en sus escritos a incluir dentro del *petitum* eventuales cantidades referidas a futuribles. Como es sabido, tales futuribles no son indemnizables en la medida en que no se acredita un daño efectivo y

evaluable económicamente. Nos volveremos a referir a las meras expectativas cuando tratemos el daño moral.

En este supuesto, el TSJ de Asturias no entró en el fondo de esta cuestión pues la reclamación había prescrito. No obstante, apunta la posibilidad de valorar si la anulación de un ejercicio, con el daño que implica para el opositor, tener que volverlo a preparar y a celebrar; tiene carácter de daño indemnizable.

En relación con la imposibilidad de cumplimiento del fallo que supone un cambio en la persona nombrada, la sección segunda de la sala de lo Contencioso Administrativo dictó la STSJ de Aragón de 31 de octubre de 2001 (núm. rec. 40/2001); resolviendo un recurso de apelación relativo a una indemnización sustitutoria que se daba ante la imposibilidad de cumplimiento del fallo en la forma específica pues se había adjudicado su plaza a un tercero.

Recurre la Universidad de Zaragoza, no conforme con tal indemnización sustitutoria, que incluía 3.353.102 pesetas más los intereses devengados por tal cantidad, en concepto de lucro cesante. Además, incluía 5.000.000 ptas. por los perjuicios morales y profesionales provocados.

Así, se dice que la determinación de la cantidad de 3.353.102 pesetas, equivalente al importe total de las retribuciones que por todos los conceptos devengó en el curso referido un Profesor asociado a tiempo completo, es contraria a la jurisprudencia que proscribe el enriquecimiento sin causa porque la demandante tuvo la oportunidad de dedicarse durante ese curso a otras actividades lucrativas distintas, y porque durante tal período de tiempo no se realizó ninguna prestación para la Universidad, lo que supone la quiebra del principio de equilibrio de las prestaciones que inspira toda la contratación y específicamente la administrativa.

Aun así, en sentido contrario se expresa la STS de 30 de enero de 1998, por la que, en un Recurso de Casación en Interés de la Ley, se desestima la pretensión deducida de que «se declare, como doctrina legal aplicable a los hechos objeto del proceso, que no cabe reconocer indemnización a favor de un funcionario cesado en base a servicios no prestados efectivamente día por día a la Administración, sino que debe reconocerse que no existe derecho a indemnización, o, subsidiariamente, que el referido derecho a indemnización debe fijarse de acuerdo con el daño que se acredite se ha producido», afirmando que «es ese pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada el que determina que el Tribunal a quo haya de adoptar las medidas necesarias respecto al funcionario interino afectado para que resulte indemnizado totalmente de los daños y perjuicios que se le causaron por el acto anulado, y dicha plena indemnización obliga tanto al pago de las retribuciones no percibidas como al reconocimiento de los servicios que debieron prestarse, que no se percibieron ni se prestaron”.

Respecto a los daños morales, la universidad recurrente los limita a los perjuicios que, respecto de futuros concursos, implicaría el no-ejercicio docente, pero detrayendo de esta valoración los otros puntos a los que sí podría haber optado durante ese curso, como son la formación en idiomas o la publicación de artículos o trabajos académicos.

En este sentido, el tribunal rechaza tal argumento pues entiende que la desvinculación con la comunidad universitaria implica la merma en la presentación de

trabajos o investigaciones, pues el competidor directo sí que está ejerciendo desde la universidad.

Así, se reconoce en este caso la indemnización por daño moral. Respecto del daño moral, debemos mencionar que en los procesos selectivos es frecuente la reclamación por este grupo de conceptos.

De este modo, el criterio general de doctrina y jurisprudencia no deja de pasar por la idea de que quien alega debe probar.

Eso sucede pues la prueba en estos daños es liviana y es altamente complejo conocer si trasciende de daño moral que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Por tanto, debe valorarse la gravedad sin necesidad de prueba específica como sucede en casos de fallecimiento de familiares cercanos, aborto u otros sucesos de análoga naturaleza.

En este sentido, la STS de 1 de abril 2003 (núm. rec. 10783/1998) admite daño moral pero en sentido opuesto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2001 (núm. rec. 229/2000).

Cabe recordar, también en el daño moral, el criterio general que las simples expectativas no son indemnizables.

En relación con el daño moral, tampoco se tiende a indemnizar la pérdida de la condición de personal estatutario fijo en los casos en los que se ha seguido desempeñado la función con carácter interino.

En este sentido, igualmente tampoco son indemnizables a criterio doctrinal determinados gastos recurrentes que son derivados de la elección personal de cada persona como el lugar de residencia y los gastos asociados a estos, como son desplazamientos, aparcamientos o peajes.

Por último, en relación con los honorarios de abogado y procurador, su resarcimiento se halla excluido pues se entiende que son gastos procesales y tienen una vía específica de resarcimiento como es la condena en costas (Dictamen núm. 335/2010 Asturias). De igual modo, el dictamen de la Comissió Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya ya citado, se expresa en los mismos términos, entendiéndose que la vía de la responsabilidad patrimonial no es adecuada para reclamarlas, ya que se harán efectivas en el marco del procedimiento jurisdiccional que las haya ocasionado y a cargo de la parte procesal al que se hayan impuesto en la decisión judicial.

5. CONCLUSIONES

Ya para concluir este trabajo, cabe expresar una serie de ideas básicas. En primer lugar, parece claro el criterio jurisdiccional de ponderación de intereses por lo que se tienden a conservar los actos, siempre que no se aprecie ilegalidad manifiesta.

Por otra parte, en los más frecuentes casos de pérdida de la oportunidad de acceso a la función pública en el sentido de que no se pueda demostrar que hubieran aprobado

pero es probable que lo hubieran hecho la doctrina indica que debe indemnizarse en base a esta probabilidad.

En caso de personas que hubieran inicialmente aprobado, según la corriente jurisprudencial clásica, vienen jurídicamente obligados a soportar el daño que pudiera ocasionarles un eventual resultado favorable a los planteamientos impugnatorios sostenidos en el recurso y, por tanto, contrario a sus expectativas.

De este modo, se entiende que el daño que para sus intereses derivara de tal pronunciamiento jurisdiccional, si se anulase la convocatoria, no se trataría de un daño antijurídico pues la nulidad de la convocatoria conlleva, según criterio jurisprudencial consolidado, la de todas las actuaciones o actos realizados a partir de la misma.

Aun así, una jurisprudencia más reciente, especialmente si ha transcurrido mucho tiempo desde que se ha dado el nombramiento o la toma de posesión, tiende a resarcir el daño al entender que opera el principio de buena fe y confianza legítima.

Con carácter general, se entiende que los tribunales calificadores y otros órganos de la Administración operan ante conceptos jurídicos indeterminados y normas que no pueden recoger completamente todos los sucesos y circunstancias. Así, tienen un cierto margen de discrecionalidad técnica que les permite desarrollar su actividad y ello hace que, siempre que se trate de actos jurídicos motivados, no exista daño antijurídico.

Es decir, que *per se* un acto jurídico contrario a derecho no genera indemnización.

Ahora bien, en supuestos en que se aprecie ilegalidad por parte de la administración actuante o en los supuestos en que el tribunal rebase el margen racional y razonable de discrecionalidad, se tiende a apreciar la indemnización en base a la existencia del daño antijurídico.

Asimismo, también existe criterio uniforme en determinar que, cuando se demore el nombramiento por mal funcionamiento de la Administración convocante, también existe un daño antijurídico que genera una lesión resarcible.

Por último, el daño moral merece una mención específica pues implica una prueba liviana. Por ello, el criterio jurisprudencial pasa porque el recurrente aporte pruebas sólidas de su daño, sin que puedan contemplarse meras expectativas ni afirmaciones sobre su eventual malestar que no puedan corroborarse o valorarse objetivamente.