

Dictamen nº: **308//20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.07.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 21 de julio 2020, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por los daños y perjuicios sufridos por la incorrecta valoración de los méritos alegados en las pruebas selectivas para el acceso a la condición de Auxiliar de Enfermería convocadas por Resolución de 3 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 20 de febrero de 2019 en el registro del SERMAS, la interesada antes citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la incorrecta valoración de los méritos alegados en las pruebas selectivas para el acceso a la condición de Auxiliar de Enfermería convocadas por Resolución de 3 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS (en adelante, Resolución de 3 de septiembre de 2012) (folios 1 a 9 del expediente administrativo).

La reclamante expone en su escrito que en la valoración de los méritos alegados no se tuvieron en cuenta los servicios prestados en la Fundación Renal Íñigo Álvarez de Toledo (durante el período comprendido entre el 1 de febrero de 1988 y el día 6 de mayo de 2007), ni en la entidad Fresenius Medical Care Services Madrid, S.A. (durante el período comprendido entre el día 7 de mayo de 2007 y el 17 de octubre de 2012), por lo que no obtuvo la puntuación que, a su juicio, le correspondía: 48,37 ni, en consecuencia el puesto 994 en el listado de clasificación final.

El procedimiento finalizó por Resolución de 20 de abril de 2015 de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud por la que se procedió al nombramiento como personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería del SERMAS a los aspirantes que habiendo superado el proceso selectivo habían acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la convocatoria.

Dice que interpuso recurso contencioso-administrativo contra las desestimaciones presuntas de los recursos de alzada interpuestos contra la resolución del tribunal calificador, así como frente a otras resoluciones de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS, entre otras la de 20 de abril de 2015, dictadas en el proceso selectivo. En la demanda solicitaba la retroacción del procedimiento al momento de la valoración, para que se le tuviese en cuenta su experiencia profesional al haber trabajado en dos centros de diálisis concertados y se declarase su derecho a ocupar el ordinal 994 en el listado de clasificación final, con una puntuación de 48,37, declarando que había superado las pruebas selectivas, con posterior nombramiento como personal estatutario.

Según el escrito de reclamación con fecha 2 de junio de 2017 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid dictó

sentencia estimatoria parcial al considerar que procedía la retroacción de actuaciones a fin de que *“por parte de la Administración demandada se compute la experiencia profesional de la demandante como Auxiliar de Enfermería en la Fundación Renal Ínigo Álvarez de Toledo y en la empresa Fresenius Medical Care Services Madrid, S.A. durante los períodos señalados en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, asignando a la recurrente la puntuación que proceda en la fase de concurso y después el nuevo puesto que le corresponda en el concurso-oposición regulado por la Resolución de 3 de septiembre de 2012, en el que se comprobará si debe considerarse que la actora superó el proceso selectivo y el orden que ocuparía en ese último caso. Esta decisión no afectará al resto de aspirantes que hayan participado en las pruebas y a los que hayan superado las mismas, ya que en caso contrario se conculcaría el principio de seguridad jurídica. Por este motivo no procede anular los actos administrativos impugnados por la recurrente en esta causa que deben mantenerse en su integridad, salvo en lo que afecten a la situación individual y particular de la ahora demandante”*.

La interesada expone que, interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Madrid contra la anterior resolución, fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima por Sentencia de 15 de junio de 2018 que confirmó la sentencia de instancia.

Manifiesta que por Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS fue nombrada personal estatutario fijo en la categoría de Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid y tomó posesión el día 5 de enero de 2019 en la plaza designada en el Centro de Gestión del Hospital Universitario La Paz.

La reclamante considera que la relación de hechos anteriores pone de manifiesto que se le ha causado un perjuicio porque no pudo incorporarse como personal estatutario fijo con el resto de los aspirantes que participaron en el proceso selectivo y, por tanto, *“dejó de percibir las retribuciones mensuales que le hubieran correspondido percibir si la Administración le hubiera valorado correctamente los méritos que aportó la recurrente”*.

La interesada cuantifica el importe de su reclamación en 54.371,94 € más los intereses, cantidad que habría cobrado durante el período comprendido entre el día 26 de enero de 2016 y el 9 de enero de 2019, si hubiera tomado posesión con el resto de los aspirantes.

Considera, además, que en este tiempo ha perdido la opción de formarse, al no haber podido acceder durante este período a los cursos de formación continuada, así como al derecho a las retribuciones correspondientes al complemento por la carrera profesional, así como la antigüedad.

Acompaña su escrito con copia de la Resolución de 20 de abril de 2015 de la Dirección General de Recursos Humanos de SERMAS, por la que se nombra personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería del SERMAS; copia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 18, de 2 de junio de 2017 y de la Sentencia de 15 de junio de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima; Diligencia de adjudicación de plaza en ejecución de la sentencia en la que se informa que la interesada tenía una puntuación de 47,17 puntos; Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS por la que fue nombrada personal estatutario fijo en la categoría de Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid; toma de posesión en el Centro de Gestión del

Hospital Universitario La Paz el día 5 de enero de 2019 y copia de una nómina (folios 10 a 57).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

Por Resolución de 3 de septiembre de 2012 de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS se convocaron pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería (categoría actualmente denominada Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería) del SERMAS (BOCM de 17 de septiembre de 2012).

El proceso se regía por el sistema de concurso-oposición en el que, en la fase de concurso se valoraban como méritos la experiencia profesional de los aspirantes con un baremo que, en relación con el asunto sometido a dictamen, valoraba que se hubiesen prestado servicios:

“En instituciones sanitarias privadas de la Unión Europea con concierto asistencial justificado documentalmente, computados desde la fecha del concierto, como Auxiliar de Enfermería; por cada mes completo: 0,06 puntos”.

La reclamante participó en dichas pruebas selectivas superando la fase de oposición con una calificación de 30,17 puntos. Por Acuerdos del Tribunal calificador de 3 de marzo de 2015 se hicieron públicas las calificaciones definitivas de méritos de la fase de concurso, siendo la obtenida por la interesada de 0,26 puntos, así como la calificación final de los aspirantes alcanzada en el proceso selectivo, figurando la interesada con una puntuación final de 30,43 puntos.

La interesada, al discrepar de la valoración de los méritos alegados por considerar que debían haberse computado los servicios prestados en la Fundación Renal Íñigo Álvarez de Toledo y en la empresa Fresenius Medical Care Services Madrid, S.A., cuyo reconocimiento y valoración favorable conducirían según el cálculo de la reclamante a ocupar un mejor puesto en la clasificación final, interpuso recurso de alzada contra los acuerdos y resoluciones dictados en relación al proceso de selección indicado y, posteriormente, contra su desestimación presunta por silencio, recurso contencioso-administrativo que se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, Procedimiento Abreviado 333/2015.

Por Resolución de 20 de abril de 2015 de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud se procedió al nombramiento como personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería del SERMAS a los aspirantes que, habiendo superado el proceso selectivo, habían acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la convocatoria.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, de 2 de junio de 2017 resolvió el recurso contencioso-administrativo, estimándolo y declarando que procedía la retroacción de actuaciones a fin de que por parte de la Administración demandada se computara la experiencia profesional de la demandante como Auxiliar de Enfermería en la Fundación Renal Íñigo Álvarez de Toledo y en la empresa Fresenius Medical Care Services Madrid, S.A., durante los períodos señalados en la sentencia, asignando a la recurrente la puntuación que procediera en la fase de concurso.

Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Madrid, fue desestimado por la Sentencia nº 426/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo, dictada el 15 de junio de 2018 en el Recurso de Apelación nº 975/2017.

En ejecución de la mencionada sentencia se procedió a valorar a la interesada los períodos de tiempo trabajados como Auxiliar de Enfermería en la Fundación Renal Iñigo Álvarez de Toledo y en la empresa Fresenius Medical Care Services Madrid, S.A., asignándole por ello una nueva calificación en la fase de concurso. Ello supuso reconocer a la interesada una calificación final de definitiva de 47,17 puntos (30,17 puntos en la fase de oposición y 17,00 puntos en la fase de concurso), lo que le otorgó el derecho a ser adjudicataria de una plaza en la categoría de Auxiliar de Enfermería del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid.

Por Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud, en ejecución de sentencia se nombró a la interesada personal estatutario fijo en la categoría de Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, asignándole plaza en el Centro de Gestión del Hospital Universitario La Paz. La interesada tomó posesión de dicha plaza con fecha 5 de enero de 2019.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, ha emitido informe la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS de 24 de junio de 2019 que dice:

“El órgano judicial no anuló los actos administrativos impugnados por la interesada, lo que dispuso fue la retroacción de actuaciones para que el Tribunal calificador valorara nuevamente los méritos en conflicto y le otorgara la puntuación que correspondiera, sin adentrarse a declarar el derecho de la recurrente a una plaza.

Es decir, en congruencia con lo solicitado por la demandante, el fallo no reconoce el derecho de la interesada a figurar como aprobada, ni el derecho a obtener una plaza, ni asimismo recoge un pronunciamiento de reconocimiento retroactivo de efectos administrativos y económicos; ni siquiera recoge una previsión, para el caso de que obtuviera plaza, de su derecho a figurar con la misma antigüedad que los demás aprobados.

En cumplimiento de la obligación legal que exige ejecutar las sentencias en sus propios términos, se ha cumplido y agotado la ejecución de la sentencia con la retroacción de las actuaciones que recogía su fallo y, en su consecuencia, con el dictado de la Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud, por la que se nombró a la interesada personal estatutario fijo en la categoría de Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, asignándole plaza en el Hospital La Paz; resolución que devino firme y consentida al no ser recurrida en tiempo y forma por la interesada”.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia. Con fecha 6 de septiembre de 2019, la interesada formula alegaciones en las que afirma que la retroacción acordada por la Sentencia de 2 de junio de 2017 implicó la anulación de las actuaciones recurridas por ella que afectan a su situación individual o particular, de manera que la sentencia declaró la

nulidad de la puntuación primitiva asignada a la reclamante. Alega, además, que la Administración no ha desvirtuado la concurrencia de los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

Se ha formulado propuesta de resolución por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria (folios 143 a 146) con fecha 22 de mayo de 2020 desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurre la antijuridicidad del daño.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 9 de junio de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 255/20, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 21 de julio de 2020.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28

de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 € por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho Reglamento.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con el artículo 32 LRJSP, ya que es la afectada por la exclusión en el proceso selectivo en el que participó y que le ha supuesto una demora en el reconocimiento de su condición como personal estatutario fijo del SERMAS.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto los perjuicios que se reclaman derivan de su actuación en un proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería del SERMAS.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC que establece que *“En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”*.

El acuerdo del tribunal calificador por el que fue declarado no apta fue recurrido por la interesada, dando lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid de 2 de junio de 2017, estimatoria del recurso, en la que se reconoció el derecho de la reclamante a la retroacción del procedimiento a fin de que, por parte de la Administración demandada se computara la experiencia profesional en la forma indicada en la sentencia.

En ejecución de dicha sentencia se efectuó nueva valoración correspondiéndole a la reclamante una puntuación de 47,17 puntos, por lo que las plazas disponibles con la nueva puntuación obtenida correspondían al Hospital Universitario Clínico San Carlos, Hospital La Fuenfría, Hospital Universitario La Paz y Hospital Universitario de la Princesa, procediendo la reclamante a la elección de la plaza como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Universitario La Paz. El nombramiento como personal estatutario fijo en la categoría de Técnico Medio Sanitario en Cuidados Auxiliares de Enfermería del SERMAS tuvo lugar por Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS, publicado en el BOCM de 10 de diciembre de 2018 y la interesada tomó posesión de puesto el día 5 de enero de 2019, fecha a partir de la cual la interesada pudo determinar el perjuicio alegado, por lo cual, la reclamación presentada el 26 de febrero de 2019 debe considerarse interpuesta en plazo. Así lo ha entendido esta Comisión Jurídica

Asesora en los dictámenes 326/18, de 12 de julio, y 193/20, de 9 de junio, así como el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 446/15, de 14 de octubre, en supuestos muy similares al presente.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, a la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del SERMAS.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y documentos, se ha dado audiencia a la interesada, que ha efectuado alegaciones.

Posteriormente, se ha dictado propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de

11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la*

calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- Nos encontramos en el presente caso ante una responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo en vía jurisdiccional contemplada en el artículo 32.1 de la LRJSP (en el mismo sentido el artículo 142.4 de la LRJ-PAC), que al efecto 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 (...)”.*

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.*

En el mismo sentido, la Sentencia de 21 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo (recurso 5006/2016), ha declarado que *“en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”.*

Por tanto, para el análisis sobre la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que excluye la antijuridicidad cuando la actuación de la Administración resulta ser motivada y razonable. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 2008 (recurso número 4065/2003) señala que *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”*. Posteriormente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de enero de 2015 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina (recurso número 289/2007) ha declarado que *“no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible, únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico”*.

En el caso que nos ocupa, concurre el requisito de efectividad del daño, pues la valoración efectuada por el Tribunal calificador en la fase de concurso de los méritos acreditados por la reclamante determinó que no obtuviera plaza y, por tanto, no pudo ser declarada aprobada en las pruebas selectivas. A diferencia del supuesto resuelto en el citado Dictamen 326/18, en el que la declaración de no apta en el reconocimiento médico impidió a la reclamante poder realizar la última de prueba de la fase de oposición, consistente en la elaboración ante el Tribunal de un proyecto profesional y la superación del curso selectivo, en el presente caso, la valoración de la fase de concurso conforme a la interpretación dada por la sentencia habría determinado para la reclamante la asignación de una plaza y, por tanto, el nombramiento como personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería.

Resulta, asimismo, acreditada la existencia de un nexo causal entre dicho daño y la actuación administrativa, que se debe a la incorrecta valoración realizada por el tribunal calificador, según quedó constatado en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid, de 2 de junio de 2017, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ahora reclamante. En efecto, de haber sido valorados correctamente los méritos acreditados, la reclamante habría obtenido una puntuación de 47,17 puntos, por lo que podría haber optado a una plaza de las disponibles en el Hospital Universitario Clínico San Carlos, en el Hospital La Fuenfría, en el Hospital Universitario La Paz y en el Hospital Universitario de la Princesa, y podría haber sido nombrada con el resto de los aspirantes que superaron el proceso selectivo por la Resolución de 20 de abril de 2015 de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS y fueron nombrados personal estatutario fijo en la categoría de Auxiliar de Enfermería.

Procede analizar, por tanto, si la valoración de los méritos realizada por el tribunal calificador puede considerarse como una actuación razonada y razonable, como se pone de manifiesto en la propuesta de resolución.

Se centra, pues, la cuestión en analizar si la interpretación realizada por el tribunal calificador de la Base Sexta apartado 3, punto 1) de la Resolución de 3 de septiembre de 2012, relativa a la valoración de los méritos en la fase de concurso puede calificarse como razonada y razonable. La citada base remite al baremo publicado en el Anexo II donde, en relación con la experiencia profesional valora que se hubieran prestado servicios:

“1.e) En instituciones sanitarias privadas de la Unión Europea con concierto asistencial justificado documentalmente, computados desde

la fecha del concierto, como Auxiliar de Enfermería; por cada mes completo: 0,06 puntos”.

Esta base de la convocatoria fue interpretada por el tribunal calificador, según resulta de la sentencia, en el Acta nº 13 de 13 de enero de 2015 que consideró que *«en el apartado e) se alude a “instituciones sanitarias privadas con concierto asistencial con la Administración Pública. Ejemplo de institución sanitaria concertada: Fundación Jiménez Díaz. No son válidos los conciertos con instituciones sociosanitarias y otras instituciones que no sean sanitarias. No se incluyen los centros de diálisis”».*

Sobre la interpretación realizada por el tribunal calificador, la sentencia dice que la expresa exclusión de los centros de diálisis no aparece suficientemente motivada y que es cuestionable *“en cuanto excluye a los centros de diálisis del carácter de instituciones sanitarias, aunque sean de titularidad privada y hayan suscrito un concierto asistencial con la sanidad pública”.*

La fundamentación de la sentencia analiza, en primer lugar, el concepto de institución sanitaria definido en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios como *“conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial”.* Según el citado real decreto, los centros de diálisis aparecen clasificados como centros sanitarios del grupo C2 (proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento), en el epígrafe C.2.5.5. y definidos como *“centros sanitarios donde se realiza el tratamiento con diálisis a pacientes afectados de patología renal”.*

Según el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de 2 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, *“hay que recordar que nos hallamos ante un supuesto de discrecionalidad técnica, en donde la decisión de valorar los criterios de baremación de la experiencia profesional como Auxiliar de Enfermería corresponde exclusivamente al tribunal calificador. Hay que enjuiciar si la decisión del tribunal calificador incurrió en algún error patente, arbitrariedad, desviación de poder, o cualquier otra irregularidad o vulneración del ordenamiento jurídico. En supuestos similares al que constituye el objeto de este proceso se ha de recordar el criterio reiterado y uniforme de la jurisprudencia de que, en principio, se ha de respetar la valoración realizada por aquéllos órganos colegiados siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o absurda, o conculque principios generales del derecho (...)”*.

La mencionada sentencia (en su Fundamento Jurídico Quinto), tras analizar la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica y su control judicial, dice:

“En el supuesto enjuiciado en estos autos, las definiciones normativas contenidas en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, puestas en relación la Base Sexta, apartado 3 punto i) de la Resolución de 3 de septiembre de 2012, lleva a la conclusión de que la interpretación ofrecida por el tribunal calificador en el Acta número 13, de 13 de enero de 2015, con relación a los centros de diálisis resulta restrictiva y cuestionable. Los criterios de baremación adoptados respecto a los centros de diálisis parecen contradecir lo dispuesto en el Real Decreto de 10 de octubre de 2003, disposición que prevalece sobre la Resolución de 3 de septiembre de 2012, no solo por el principio de jerarquía normativa, sino, sobre todo, porque aquél, en cuanto reglamento, es una norma jurídica y la Resolución de 3 de septiembre de 2012 es un acto administrativo que no innova el ordenamiento jurídico (uno de los criterios diferenciadores entre

norma y acto administrativo puesto de relieve por nuestra jurisprudencia). Esas circunstancias, unidas a la falta de motivación por el tribunal calificador de las razones por las que excluyó los centros de diálisis a efectos de valoración de la experiencia profesional de la recurrente, pese a ser centros sanitarios, debe acoger la tesis de la parte actora”.

Aunque la anterior argumentación fue confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2018, es preciso tener en cuenta que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, de 2 de junio de 2017 no condena en costas a la Administración.

La falta de condena en costas a la Administración ha sido tenida en cuenta por esta Comisión Jurídica Asesora como argumento para considerar razonada y razonable la actuación de la Administración en los dictámenes 150/19, de 11 de abril y 282/19, de 4 de julio, al considerar que el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece que el órgano jurisdiccional *“impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”*.

Así sucede en el presente caso, en el que la propia sentencia reconoce en su Fundamento Jurídico Séptimo, relativo a las costas, *“la especial complejidad jurídica del asunto enjuiciado en este proceso”* y *“las serias dudas de derecho planteadas en el mismo”*.

La anterior justificación dada por el juzgador, a pesar de haber rechazado todas las pretensiones de la Administración, permite entender que no concurre en el presente caso la antijuridicidad del daño.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 21 de julio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 308/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid