

Roj: STS 1114/2010  
 Id Cendoj: 28079130042010100116  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 4  
 Nº de Recurso: 423/2008  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: CONTENCIOSO  
 Ponente: CELSA PICO LORENZO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS x
- x DOCTRINA CORRECTA (CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA) x
- x PRUEBAS SELECTIVAS x
- x RESOLUCIÓN (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) x
- x DAÑOS RESARCIBLES x
- x RETRIBUCIÓN (FUNCIONARIOS) x

**Resumen:**

Nulidad de la lista de aprobados en proceso selectivo. Derecho del funcionario a ser resarcido por los perjuicios derivados de la falta de ocupación de un puesto de trabajo a que se había hecho acreedor.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil diez.

Visto por esta Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 423/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Maria Concepción Puyol Montero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Visitacion y D. Felix contra la sentencia de 19 de marzo de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 9/08, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Siendo parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de 19 de marzo de 2008 , desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Visitacion y D. Felix contra las Resoluciones desestimatorias por silencio de sendas peticiones formuladas por la recurrente de fecha 29 de abril de 2004 de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración frente al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, **INGESA** y al Instituto Madrileño de Salud, IMSALUD, no obstante haya sido resuelta por resolución de 3 de junio de 2004 de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid la reclamación previa a la vía laboral en sentido desestimatorio.

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de D<sup>a</sup> Visitacion y D. Felix interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia contenida en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Sección 1<sup>a</sup>, sede Albacete, 2 de marzo de 2004 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 1<sup>a</sup> de 25 de noviembre de 2005 .

**TERCERO.-** Por providencia de 11 de junio de 2008 la Sala de instancia tuvo por interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina y se dio traslado del recurso a la parte recurrida para trámite de

oposición, alegándose, en síntesis, que falta por completo la identidad de presupuestos y la disparidad de soluciones entre la sentencia recurrida y las sentencias de contraste.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 10 de septiembre de 2008 se acordó remitir las actuaciones a esta Sala, dictándose providencia de 13 de noviembre de 2008 dejando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló la audiencia del día 3 de marzo de 2010, fecha en la que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación de Doña Visitación y D. Felix interpone recurso de casación contra la sentencia de 19 de marzo de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 9/08, contra las Resoluciones desestimatorias por silencio de sendas peticiones formuladas por la recurrente de fecha 29 de abril de 2004 de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración frente al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, **INGESA** y al Instituto Madrileño de Salud, IMSALUD.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO recoge los hechos probados.

*"En fecha 9 de febrero de 1996 ( BOE de 28.2.1996) se convocó concurso-oposición libre para el acceso a plazas de facultativos de medicina general en equipos de atención primaria.*

*María Luisa, hija de los recurrentes, se presentó a dichas pruebas por el sistema de promoción interna, dado que en el momento de la convocatoria tenía plaza en propiedad de personal estatutario como ATS desde el 8 de junio de 1992 .*

*En fecha 18 de mayo de 1998 se dicta resolución indicando los aspirantes que han adquirido plaza en propiedad y nombrando personal estatutario. La decisión del Tribunal calificador de fecha 29 de julio de 1997, publicando la relación de aspirantes que han superado la fase de oposición, fue objeto de impugnación ante la Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 23/1998, resuelto por sentencia de fecha 25 de mayo de 2.001, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo declarando la nulidad de actuaciones al objeto de que se hiciese pública la relación de aspirantes que han superado la fase de selección en listas separadas. Y ello al considerar que debió establecerse un sistema de doble lista - promoción interna y libre acceso- y no de lista única en función del sistema de acceso.*

*La actora, después de dictarse el auto de aclaración de fecha 14 de febrero de 2.002 obtuvo la extensión del fallo de dicha sentencia en resolución de fecha 19 de junio de 2.002, siendo así que en fecha 24 de abril de 2.002 solicitó la inclusión en la lista de aprobados. Presentados los méritos el 9 de julio de 2.002, fallece el 21 del mismo mes. En virtud de resolución de fecha 24 de julio de 2.002 se le otorga puntuación de 17,19 en la fase de concurso, lo que se notificó el 14 de agosto de ese mismo año.*

*En virtud de resolución de fecha 17 de diciembre de 2.002 se nombra personal estatutario en categoría de médico de familia en atención primaria en extensión de efectos de dicha sentencia de 25 de mayo de 2.001, resolución que no consta notificada a la familia de la recurrente.*

*En fecha 23 de abril de 2.004, tras ser desestimada a su vez el escrito calificado como reclamación previa a la vía laboral formuló la actora reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración demandada ante el IMSALUD y el **INGESA**, entendiéndose la actora desestimada las dos por silencio, habiendo solicitado la certificación de acto presunto el 29 de septiembre de 2004".*

Ya en el TERCERO describe los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, mientras recoge la esencia de la doctrina sobre aquella. Resalta que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español, con fundamento en el artículo 106 de la Constitución Española, se presenta como uno de los más avanzados en el Derecho Comparado en el sentido de configurar un régimen de responsabilidad objetiva y directa de las Administraciones Públicas.

En el CUARTO subraya que la reclamación se basa en esencia en el hecho de que la hija de los recurrentes reunía todos los requisitos para obtener la plaza en propiedad de médico de familia en equipos

de atención primaria a la fecha de resolución del proceso selectivo, quedando pendientes de meros trámites burocráticos, y no pudiendo por su fallecimiento acceder a la toma de posesión, tal como consiguieron los demás compañeros afectados por la sentencia cuya extensión de efectos tuvo lugar. Para ello se formula una liquidación, cuya cuantía resultante deriva de la diferencia entre lo que debió haber percibido cuando concluyó el proceso selectivo en 1998 y las cantidades obtenidas como médico suplente en las Áreas sanitarias de Atención primaria de Madrid 6 y 11.

En el QUINTO rechaza las excepciones de inadmisibilidad y prescripción invocadas por la administración.

Finalmente en el SEXTO tras admitir la transmisión a los herederos de los derechos del causante analiza el *art. 142.4 de la LRJAPAC* para concluir que en el caso de autos no merece la actuación administrativa el calificativo de irrazonable entendiendo tienen el deber de soportar la actuación de la administración demanda.

**SEGUNDO** .- Constituye exigencia reiterada de este Tribunal para entrar en el examen de los argumentos esgrimidos al amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina que, como expresa el *art. 96.1 LJCA 1998* , entre la sentencia que constituye su objeto y las aportadas de contraste concurren "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" pero "se hubiera llegado a pronunciamientos distintos".

Triple identidad que habrá que examinar si se produce o no, ya que caso de no concurrir el recurso deberá ser desestimado.

Por el contrario si se cumplen tales presupuestos, conforme al *art. 98.2 LJCA 1998* , deberá estimarse el recurso, casar la sentencia objeto de recurso y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

Pero, además de la triple identidad deberá cumplirse lo preceptuado en el *art. 97 LJCA 1998* , es decir efectuar una exposición razonada de la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida a fin de que por este Tribunal se establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto.

Por ello se dará lugar al recurso cuando se repute como criterio acertado el de la sentencia antecedente, no cuando la tesis correcta sea la contenida en la sentencia que se impugna (sentencia de 29 de junio de 2005 , con cita de otras anteriores).

Todo ello sin olvidar que la finalidad de este recurso no es corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, sino reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (STS 10 de febrero de 1997, recurso de casación 4432/93 , con cita de otras anteriores).

También se ha insistido por este Tribunal que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. En este recurso se parte de los hechos que, como justificados, ha fijado la sentencia impugnada. La prueba constituye una cuestión absolutamente ajena a este recurso extraordinario (STS de 29 de junio de 2005 , recurso de casación para la unificación de doctrina 246/2004 con cita de otras muchas).

Debe añadirse que la contradicción ha de darse respecto de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. No cabe respecto del Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho respecto de las emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STS 25 de marzo de 2002, recurso 2295/2001 ).

Asimismo es esencial manifestar que el examen se centrará respecto de aquellas sentencias que han sido aportadas. Y además, como es preceptivo en este tipo de recurso, se ha argumentado respecto a la concurrencia de la triple identidad poniendo de relieve la contradicción entre la sentencia impugnada y la de contraste.

**TERCERO.-** La parte recurrente invoca en su recurso de casación para la unificación de doctrina varias sentencias de contraste respecto a las que defiende existe la triple identidad reputando correcta la doctrina de las sentencias esgrimidas.

1. Una dictada el 12 de abril de 2006 por la Audiencia Nacional respecto de la que sostiene el fondo de la cuestión era el mismo, reclamación de una indemnización por el retraso en el reconocimiento del derecho a ser titular de una plaza de auxiliar de enfermería, en cuyo FJ Sexto se dice *"Es evidente, por tanto, y así lo reconoce el representante de la Administración, que la actuación de la ésta en dicho proceso selectivo, luego anulada por los Tribunales, ha causado a las recurrentes un perjuicio que se traduce en el hecho de haber sido privadas de la plaza que les correspondía desde el 17 de septiembre de 1998 -fecha de publicación de la resolución de 28 de agosto de 1998-, en que fueron nombrados Auxiliares de Enfermería los participantes aprobados en el concurso, y que también lo habrían sido estas de haberse realizado el sistema de calificación de la fase de oposición en dos listas separadas (una para cada cupo de concursantes de los sistemas de acceso contemplados en la convocatoria, turno libre y turno de promoción interna).*

*Por tanto, podemos concluir que en dicha fecha las recurrentes estaban en condiciones de superar el proceso selectivo y ser nombradas Auxiliares de Enfermería, y, sin embargo debido a la actuación irregular de la Administración no lo fueron hasta el 21 de febrero de 2004 -fecha de publicación de la resolución de 8 de enero de 2004.*

*Una vez determinada la responsabilidad de la Administración y la correlativa producción de un perjuicio para la recurrente, hay que establecer la valoración del mismo y la cuantía que deben percibir las afectadas para su reparación".*

2. Otra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sección Primera, Recurso contencioso administrativo 111/2001 que se refiere a un concurso oposición para acceder a la plaza de médicos de familia, proceso selectivo que reputa idéntico al que aspiraba la hija de los recurrentes.

3. Finalmente otra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2005 , recaída en el recurso 1466/2002, al haber sido decretada por órgano judicial la nulidad de la convocatoria de puestos de trabajo de uno de los cuales obtuvo la actora plaza con posterioridad. Aduce se trata de un concurso para acceder a la plaza de Médicos de Familia, idéntica plaza, categoría y proceso selectivo al que aspiraba la hija de los recurrentes.

Invoca que hay identidad en cuanto a los hechos. Alega que el fondo de la cuestión era la misma, responsabilidad patrimonial de la administración por su anómalo funcionamiento por el retraso en el reconocimiento del derecho a ser titulares de plazas de enfermería (Sentencia AN 12 de abril de 2006 ) o médico (Sentencia TSJ Aragón 25 de noviembre de 2005 ). Sostiene se trata de litigantes en idéntica situación como la de la hija de los recurrentes.

Respecto a los fundamentos de derecho en la impugnada se desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial mientras en las esgrimida se declara la procedencia de tal declaración.

Y en cuanto a las pretensiones los recurrentes pretendían la declaración de responsabilidad patrimonial y el derecho al percibo de una indemnización por los daños causados.

Concluye que la doctrina legal correcta es la de las sentencias aportadas que declaran la responsabilidad patrimonial de la administración por el retraso en el reconocimiento del derecho a obtener la plaza.

**CUARTO.-** Objeta el recurso el Abogado del Estado. Mantiene que aunque guardan similitudes no son idénticos, ya que se refieren a acceso a distintos cuerpos en los que se han tenido en cuenta causas distintas a las que concurrieron en el supuesto de autos.

Añade que aquí aún cuando la Administración actuó de una forma que posteriormente mereció la anulación por sentencia judicial, que posteriormente fue objeto de extensión de efectos a la actora, lo cierto es que la Administración no actuó de forma grosera o flagrante, puesto que en las bases del proceso de acceso no se exigía el sistema de doble lista (de libre acceso y de promoción interna) sino que esa consecuencia se desprendía del tenor de las bases, se encontraba implícita en las mismas, pero requería una interpretación.

Concluye que la actora no ha justificado el perjuicio sufrido ya que prestó servicios para la administración sanitaria durante el período cuestionado.

**QUINTO.-** Expuesto lo anterior procede examinar si se da o no la identidad pretendida y si ha sido debidamente argumentado por el recurrente.

Partimos de la transmisión a los recurrentes de la acción para ejercitar una responsabilidad patrimonial. Ciertamente ello comporta que no parten de idéntica situación personal que la disfrutada por los reclamantes en las sentencias de contraste mas si alcanzan la misma situación jurídica. No hay, pues, problema en cuanto a la identidad de los sujetos.

Es distinto el Cuerpo de la administración al que pretendían acceder las accionantes en la sentencia de contraste de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2006 . Sin embargo, lo relevante es que la razón de la exclusión de las recurrentes en la lista de aspirantes a plazas de auxiliar de enfermería que habían superado la fase del concurso del proceso selectivo convocado por el Instituto Nacional de la Salud, posteriormente anulado por sentencia judicial, es análogo al acontecido en el proceso de selección para el acceso a plazas de facultativos de medicina general en equipos de atención primaria que concernía a la hija de los recurrentes, también anulado. En ambos casos la anulación se fundamentó en que debió establecerse un sistema de doble lista -promoción interna y libre acceso- y no lista única. Existe, pues, identidad objetiva.

En la STJ de Aragón se afirma que *"los aspirantes que superaron la fase de oposición resultaron adjudicatarios de plaza definitiva y nombrados Médicos Generales de Atención Primaria mediante resolución de 6 de mayo de 1996, mientras que la actora no fue destinada al Centro Médico Ruiseñores hasta el 8 de abril de 2002, y en consecuencia durante seis años la Administración le privó de la posibilidad de ser titular de un derecho que tenía adquirido"* . Todo ello tras la interposición de un recurso ante la Secretaría General del Insalud que al resultar desestimado fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien mediante sentencia de 25 de julio de 1998 , declaró la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso selectivo del concurso-oposición convocado por el Insalud el 1 de julio de 1994, continuando después el procedimiento. Es decir supuesto similar al enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2006 .

Es innegable la identidad en la pretensión en la sentencia recurrida y en las aportadas de contraste. En ambos supuestos se ejercita una demanda de responsabilidad por los salarios dejados de percibir al haberse incorporado con retraso, en las sentencias de contraste, o no haber podido en la aquí impugnada, por causa del fallecimiento, aunque si hubiere sido reconocido el derecho por la administración mediante el correspondiente nombramiento.

Y, mientras en la impugnada se rechaza la pretensión bajo el argumento de que no fue irrazonable la conducta de la administración demandada, en las sentencias de contraste se afirma que la anulación en el proceso selectivo generará responsabilidad si se acredita que ese acto ha causado un perjuicio valorable económicamente que no tenía obligación de soportar. Reconocen las sentencias de contraste que la actuación de la administración en el proceso selectivo ha causado un perjuicio que se traduce en el hecho de haber sido privadas de la plaza que les correspondía desde la fecha que fueron nombrados los participantes aprobados en el concurso y que también lo habrían sido las recurrentes de haberse realizado el sistema de calificación de la fase de oposición en dos listas separadas -una para cada cupo de concursos de los sistemas de acceso contemplados en la convocatoria, turno libre y turno de promoción interna-.

Tras todo ello acepta la pretensión de responsabilidad patrimonial de la administración atendiendo a diversas pretensiones de las allí recurrentes.

La vinculación con el supuesto aquí impugnado en que la hija de los recurrentes no pudo tomar posesión de la plaza determina fijarnos exclusivamente en que se reconoció el derecho a una cantidad equivalente a la diferencia salarial entre la cantidad atribuida en el puesto que se venía ejercitando y la asignada al puesto obtenido.

Es relevante asimismo lo vertido en el FJ 2º de la STJ de Aragón de 25 de noviembre de 2005 al decir que *"al ser resuelta la reclamación efectuada en su día por la actora por órgano de la Administración del Estado, las consecuencias económicas deben ser igualmente de cuenta de dicha Administración"*.

**SEXTO .-** Si atendemos a la doctrina expresada en los fundamentos precedentes debe concluirse que el recurso de casación ha de ser estimado por ser doctrina correcta, conforme a las determinaciones establecidas en el *art. 139 LRJAPAC* , la de la sentencia de contraste.

Dicho lo anterior procede resolver conforme a la pretensión ejercitada en instancia.

Se interesó por los recurrentes el abono de las diferencias entre el salario recibido por la hija de los recurrentes como médico suplente en las Áreas Sanitarias de Atención Primaria y el correspondiente al de médico de familia desde el 29 de mayo de 1998, fecha en la que el resto de los opositores accedieron a la plaza correspondiente, hasta el día 21 de julio de 2002, fecha de su fallecimiento. En tal concepto, reclamaban 78.272,50 euros más los intereses legales desde el momento en que debieron abonarse las cantidades a las que tuvo derecho la hija de los recurrentes.

Observamos, por tanto, que la pretensión concuerda con una de las declaraciones efectuadas en las sentencias de contraste, esto es la procedencia de la diferencia salarial entre la cantidad asignada en el puesto que se venía ejercitando y la atribuida al puesto obtenido.

**SEPTIMO.-** No ha lugar a un pronunciamiento sobre costas, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139 LJCA*.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

1º Ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la representación de Doña Visitación y D. Felix contra la sentencia de 19 de marzo de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 9/08, contra las Resoluciones desestimatorias por silencio de sendas peticiones formuladas por la recurrente de fecha 29 de abril de 2004 de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración frente al **INGESA** y al IMSALUD, sentencia que se declara nula y sin valor ni efecto alguno.

2º Ha lugar a la estimación del recurso contencioso administrativo 9/08 reconociendo el derecho de los actores a la suma de 78.272,50 más los intereses legales devengados desde el momento en que debieron abonarse las cantidades a las que tuvo derecho la parte recurrente que deberá satisfacer **INGESA**.

3º Sin expresa mención sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.