

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **Indemnización de daños en las anulaciones de nombramientos de funcionarios: la STS de 1 de abril de 2003**

*Luis Guillermo del Campo Barcón*

Abogado del Estado

#### I. PLANTEAMIENTO

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (Ar. 2003, 3662), de la que fue ponente D. Francisco González Navarro, sirve como ocasión para, con su examen, abordar el de la posibilidad y extensión, en su caso, de la indemnización de los daños producidos en los supuestos de anulación de nombramientos de funcionarios subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria del proceso selectivo.

La responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de anulación de actos integrantes de procesos selectivos de empleados públicos es asunto del mayor interés no sólo por el creciente número de participantes en esos procesos sino también porque, en materia doctrinal y jurisprudencialmente tan tratada como la responsabilidad, presenta en no pocas ocasiones perfiles no definidos con la precisión deseable.

Se trata, es verdad, de una cuestión en que las circunstancias concretas del caso son determinantes a la hora de valorar si procede y en qué medida una indemnización de la Administración a favor del perjudicado. Pero el casuismo no debe impedir la búsqueda de unas ideas generales que sirvan de pauta o guía para orientarnos en esta materia.

Una aproximación a la jurisprudencia permite distinguir dos grandes grupos de casos. El primero está constituido por las anulaciones (de la resolución de una oposición o concurso o concurso-oposición o incluso de la resolución del nombramiento de un funcionario) en que el recurrente consigue con la

estimación de su demanda que se le reconozca como situación jurídica individualizada su derecho a ser nombrado funcionario. En tales casos, la jurisprudencia, abundante, condena a la Administración al abono de una indemnización consistente en el importe de las retribuciones que el recurrente habría cobrado de haberse incorporado a la plaza cuando debía, las retribuciones dejadas de percibir.

El otro grupo de casos está integrado no por quienes acceden por sentencia a la función pública o a la concreta plaza objeto del proceso selectivo sino, por el contrario, por aquellos que, después de haber sido nombrados funcionarios y sin culpa alguna de su parte, se ven privados de la plaza ganada. Por ejemplo, porque las bases de la convocatoria que rigieron el proceso hubiesen sido anuladas. Es el caso de la STS de 1-4-2003, objeto de nuestro comentario. La particularidad es que la posibilidad de la indemnización de los daños producidos ha sido discutida y, en cuanto a su extensión, no es posible dar una respuesta tan sencilla como la antes vista para el primer grupo de casos.

Ciertamente, volvemos al casuismo, los expuestos, si bien relevantes y representativos, no agotan la variedad de supuestos posibles de anulación de actos de procesos selectivos que pueden llevar a responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, sin salir de las anulaciones de bases de una convocatoria, podría plantearse, por ejemplo, si son indemnizables los daños sufridos por quien ha superado algunas o incluso todas las pruebas del proceso que, finalmente y antes de ser nombrado funcionario, queda sin efecto con la anulación. O la posible responsabilidad patrimonial de la Administración en casos de anulación de nombramiento de funcionario que no sea consecuencia de la anulación previa de las bases que sirvieron de ley al proceso selectivo. Etcétera.

Pero nos centramos en la STS de 1-4-2003. Sucintamente expuestos, sin precisión de fechas, pero con respeto a su desarrollo cronológico, los hechos son los siguientes: 1) El Ayuntamiento de Pineda del Mar acordó la aprobación de las bases de un concurso-oposición para cubrir dos plazas de cabo de policía municipal. 2) Concluido el proceso selectivo, las plazas fueron adjudicadas a los concursantes con mayor puntuación, dos agentes de la policía municipal. 3) El Ayuntamiento acordó su nombramiento como cabos. 4) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia por la que se anuló el acuerdo municipal aprobatorio de las bases de la convocatoria. (El motivo fundamental fue que las bases incluían como mérito, con la valoración más alta del baremo, cinco puntos, el informe confidencial del jefe de la policía local, lo que a juicio de la sentencia constituía quebrantamiento del principio de publicidad.) 5) El Ayuntamiento,

en ejecución de la referida sentencia, acordó la anulación de los nombramientos realizados. 6) Los interesados solicitaron la indemnización de los daños y perjuicios que la anulación les había producido. El Ayuntamiento desestimó la solicitud. 7) La resolución desestimatoria de la solicitud de indemnización fue recurrida en vía judicial. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo. 8) Recurrida en casación la sentencia del TSJ, el Tribunal Supremo anuló la sentencia impugnada y dictó sentencia sustitutoria de la anulada en la que estimó en parte las demandas interpuestas.

La STS considera que, aunque hay una cadena de causas, el acuerdo del Ayuntamiento anulatorio de los nombramientos “es el que, a efectos de una posible reclamación de indemnización, debe tenerse por determinante del daño”. Pero ¿es posible la indemnización? ¿Hasta dónde se extiende?

## II. POSIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN

La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dentro del título X, relativo a la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, dedica un artículo, el 142.4, a regular el régimen de responsabilidad cuando el daño deriva de la anulación de actos administrativos. Dice: “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”.

Doctrina y jurisprudencia de forma casi unánime consideran que el precepto que acabamos de transcribir sólo puede entenderse en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del art. 139 (STS 16-9-99). Esto es, ni toda anulación conlleva responsabilidad para la Administración que dictó el acto ni se consagra un principio de exoneración para todos los casos de anulación sino que la responsabilidad sólo será exigible cuando concurran los requisitos generales. O, como dice la sentencia que comentamos: “también en estos casos es necesario demostrar que se ha producido un daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente y que sea imputable a la Administración”.

De modo que la existencia de responsabilidad en estos supuestos depende de la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139: daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, y además resulte probado. Ahora bien, la jurisprudencia (así, STS 11-3-99) suele entender que la especial mención que se hace en la ley a la anulación de actos o resoluciones administrativas como generadora de responsabilidad tiene su razón de ser en el mayor rigor con que debe ser examinada en tal caso la concurrencia de los requisitos. En particular, el matiz diferencial, dice esa jurisprudencia, se encuentra en el análisis valorativo de la concurrencia de la antijuridicidad de la lesión o, lo que es lo mismo, la ausencia del deber jurídico de soportar el daño que la anulación produce al interesado. Entendiendo el deber jurídico de soportar el daño como el deber derivado de la existencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, para dilucidar si el daño producido por una actuación administrativa que llegue a ser anulada debe o no ser calificado de lesión antijurídica, mayoritariamente la jurisprudencia (SSTS 5-2-96, 10-3-98, 29-10-98, 11-3-99, etc.) atiende a la naturaleza del acto. Al efecto debe hacerse la siguiente clasificación: actos reglados y discrecionales, actos favorables y de gravamen.

Según esta jurisprudencia, la anulación de actos dictados en el ejercicio de potestades regladas no impone al particular el deber jurídico de soportar el daño, dado que la persona interesada no tiene por qué sufrir que la Administración, en la aplicación de la norma al caso concreto, haya desconocido los datos objetivos cuya atención hubiera determinado la declaración de reconocimiento de derecho a favor de la persona reclamante. Por el contrario, cuando se trata de actos invalidados derivados del ejercicio de potestades discrecionales o de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, la persona afectada debe soportar el perjuicio siempre que la actuación administrativa, aunque inválida, se haya mantenido dentro de márgenes razonados y razonables.

Por otro lado, en relación con los actos favorables y de gravamen, la jurisprudencia considera que, a diferencia de la anulación de actuaciones administrativas de gravamen o limitativas de derechos posteriormente anuladas, en que el particular no tiene el deber jurídico de soportar el gravamen o las consecuencias jurídicas de la denegación, tal deber concurre cuando se trata de una actuación administrativa favorable, declarativa de derechos.

Esta es precisamente la argumentación utilizada por la sentencia que anula la del Supremo que comentamos. Argumenta que de la actuación munici-

pal posteriormente anulada y fundamento de la pretensión indemnizatoria de los demandantes, al ser beneficiosa para ellos pues a su amparo obtuvieron la plaza, no cabe decir que se les derivara daño o perjuicio de clase alguna y que otra cosa hubiese sido que la situación fuese la contraria: que los actores hubiesen sido suspendidos en las pruebas convocadas, que, impugnadas, sus bases hubiesen sido anuladas y en ejecución de la sentencia judicial nombrados para aquellas plazas cuya designación hubiese sido denegada, indebidamente, por la Administración.

A nuestro juicio, vincular con carácter general la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de sus actos a la naturaleza de estos (reglados y de gravamen, sí; discrecionales y favorables, no) no está justificado. No existe razón alguna para que quien sufre un daño con la anulación de un acto que le favorece tenga el deber jurídico de soportarlo. En casos como el que comentamos en que los interesados, como cualquier otro ciudadano en la misma circunstancia, confiaron de buena fe en la legalidad de la convocatoria, participaron en ella y obtuvieron sus plazas en propiedad, ejerciéndolas ininterrumpidamente con posterioridad, no se comprende en razón de qué título cuando después, por causas a ellos no imputables, fueron privados de sus puestos de trabajo, deban soportar el daño que la Administración les ha causado. Como dice la STS de 13-10-2001 para un caso semejante, “ningún precepto legal avala, ni podría avalar, tal conclusión”. La citada sentencia considera que lo que ocurre en estos casos en que el acto favorable es anulado en vía judicial, es que se confunde el deber del interesado de acatamiento de las sentencias y resoluciones firmes de Jueces y Tribunales a que se refieren el art. 118 de la Constitución y el 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el deber jurídico de soportar los daños que pudieran derivarse de la actuación administrativa declarada contraria a derecho y anulada. Pero se trata de deberes distintos de modo que los interesados tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias de la anulación de las bases hecha en sede judicial, pero no de los daños que la actuación administrativa irregular anulada les haya infligido.

La STS de 1-4-2003 no contiene argumentación específica relativa a la posibilidad de indemnizar los daños producidos en estas anulaciones. La da por supuesta al centrarse en la extensión de la indemnización, cuestión en la que seguidamente entramos.

### III. EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

1) Introducción: El principio de indemnidad. El artículo 1106 del Código Civil. El artículo 1107 del Código Civil

a) El principio de indemnidad

Uno de los principios fundamentales del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en nuestro Derecho es el principio de indemnidad o reparación integral conforme al cual se exige que la indemnización se extienda al pago de todos los daños y perjuicios causados al particular de forma tal que la víctima del daño injusto quede indemne mediante la reparación integral del detrimento que dicho daño haya supuesto para su patrimonio, restituyéndolo en su pleno valor anterior al suceso dañoso.

La STS 12-3-1991 pone en relación el principio de indemnidad con otros principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: “En nuestro sistema, uno de los más progresivos del mundo, rige el principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soportarlo, en función de otro principio implícito, el de solidaridad social. Estos criterios, con una raíz profunda, han sido formulados explícitamente por el Tribunal Supremo hasta consolidarse en doctrina legal, pero con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil dentro de las fuentes del derecho. En efecto, un conjunto muy numeroso de sentencias del Alto Tribunal ha proclamado, sin desmayo alguno, que la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnización del derecho subjetivo o del interés lesionado. Sólo así se cumple la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea efectiva y, por tanto, completa”. En realidad, el principio de indemnidad está consagrado legalmente pues, en efecto, cuando el artículo 106.2 de la Constitución Española y el artículo 139.1 de la Ley 30/92 establecen el derecho de los particulares a ser indemnizados por “toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos” se están expresamente refiriendo a la necesidad de una reparación integral.

b) El artículo 1106 del Código Civil

La indemnización se extiende, por tanto, a todos los daños, y el resarcimiento de daños comprende el daño emergente y el lucro cesante. Aun cuando existen antecedentes de la distinción entre daño emergente y lucro cesante en Las Partidas, la distinción entre ambos conceptos, cuyo conjunto refiere

el daño total resarcible, es definitivamente establecida en el artículo 1106 del Código Civil al decir: “La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

Es discutido si el concepto de “daño” se identifica con el de daño emergente y el de “perjuicio” con el de lucro cesante, como opinan algunos autores, o si, más bien, como considera la doctrina mayoritaria, daños y perjuicios son conceptos sinónimos e intercambiables integrados como elementos constitutivos por el daño emergente y el lucro cesante.

Lo que está claro es que daño emergente es la pérdida sufrida y lucro cesante la ganancia dejada de obtener, de modo que, como dice Graziani, el momento decisivo para distinguir el daño emergente del lucro cesante es aquel en que se produce el evento dañoso. En cuanto sustrae utilidades que ya tenía el perjudicado, se produce daño emergente, y en cuanto impide que nuevas utilidades se adquieran y disfruten por el perjudicado, existe lucro cesante.

Ha de añadirse que la indemnización, por razón del principio de indemnidad, no puede quedar limitada a los daños materiales sino que se extiende también a los morales, generalmente definidos en forma negativa como daños no patrimoniales. Su indemnizabilidad, actualmente indiscutida, ha tenido no obstante tardío reconocimiento en la jurisprudencia, quizá por influencia del positivismo jurídico y su tendencia a una tajante separación del derecho y la moral.

### c) El artículo 1107 del Código Civil

El artículo 1107 CC dice: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

La STS 24-11-95 afirma que, no obstante su ubicación sistemática dentro del Código, el artículo 1107 es también aplicable a las obligaciones nacidas de culpa extracontractual.

Castán califica el precepto de “un poco oscuro”, y la doctrina mayoritaria cree que la jurisprudencia española se ha limitado simplemente a desconocer el art. 1107.2, a su juicio con acierto, operando en este extremo con un crite-

rio de unificación que soslaya la diferencia entre el deudor que incumple por culpa y el que lo hace por dolo.

En la doctrina administrativista, sin embargo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández consideran aplicable el precepto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en forma que cuando el daño sea causado por el funcionamiento normal de los servicios públicos la extensión de la indemnización será la que el artículo 1107.1 establece para el deudor culposo o sin culpa, mientras que si lo es por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la indemnización se extenderá, como en el caso del deudor doloso, a todos los perjuicios que conocidamente se deriven del hecho lesivo “lo que permite incluir daños puramente indirectos o derivativos, aparte de los directos, que son el daño emergente y el lucro cesante”. Se trataría de una “extensión extraordinaria de la obligación reparatoria”.

A los efectos que nos interesan, la aplicación de esta tesis exigiría resolver si los casos de anulación de actos administrativos deben equipararse a los de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Lo cierto es que, hasta la fecha, tan destacada tesis doctrinal no ha tenido el paralelo eco en la jurisprudencia contencioso-administrativa.

### 2) Conceptos resarcibles: Daño emergente. Lucro cesante. Daños morales

Daño emergente, lucro cesante y daño moral son los conceptos indemnizables. Pero para ello es necesaria la concurrencia de dos requisitos: a) Una relación de causalidad adecuada entre la anulación del acto y el daño, tradicionalmente entendida como relación directa, inmediata y exclusiva, si bien la jurisprudencia ha venido atemperando el requisito de la exclusividad admitiendo la indemnizabilidad en los supuestos de concurrencia de culpas que llevan a moderar la cuantía indemnizatoria (STS 10-4-2003). b) La prueba del daño y de la relación de causalidad por quien pretende su resarcimiento (STS 20-2-99).

#### a) Daño emergente

a.1) Concepto. El daño emergente es, en palabras del art. 1106 CC, el valor de la pérdida sufrida por el perjudicado. La STS de 28-11-83 dice de este daño que consiste “en la pérdida sufrida, efectiva y conocida”. Así, los gastos ocasionados como consecuencia del acto dañoso constituyen daño emergente que, por su mayor sencillez, resulta el concepto indemnizable que menos problemas suscita, si bien tampoco está exento de ellos como veremos seguidamente.



a.2) Supuestos. En casos como el que nos ocupa, los gastos que constituirían daño emergente y deberían ser indemnizados son calificados en la sentencia de 1-4-2003 como “los gastos de estudio y preparación del concurso-oposición”. En realidad, en tanto que pretendemos una cierta generalidad en el estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de nombramientos de funcionarios subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria, debemos decir que los gastos posibles, en tales casos, no quedan circunscritos a los de preparación de las pruebas selectivas. Podemos clasificarlos en gastos hechos antes, durante y después del proceso selectivo.

Por gastos producidos durante el proceso selectivo entendemos aquellos que el concursante-opositor debe realizar para estar presente en las pruebas. Gastos de transporte, gastos de hospedaje, serían ejemplo de desembolsos integrantes sin duda del daño emergente resarcible.

Los daños posteriores al proceso se refieren a los infligidos a quien, ya funcionario y en su legítima expectativa consiguiente de estabilidad en el empleo y el sueldo, se decide a realizar operaciones -compra de un piso, obtención de un préstamo- que, privado de la plaza, no puede afrontar, resolviéndose los contratos suscritos pero sin recuperar, al menos en su integridad, la cantidades pagadas: gastos notariales y registrales de escrituras o asientos, gastos tributarios, gastos de cancelación de hipotecas, precios a cuenta perdidos en virtud de cláusula penal, etcétera. Estas cantidades pagadas que el perjudicado no puede recuperar forman también parte indudable del daño emergente que la Administración debe resarcir.

Los gastos anteriores al proceso selectivo son los que la sentencia llama, según hemos visto, “los gastos de estudio y preparación del concurso-oposición”; así, los gastos afrontados para la adquisición de libros, la retribución de preparadores e incluso, según se plantea en la sentencia, el tiempo dedicado a la preparación de las pruebas. Son los únicos solicitados por los demandantes. Respecto del tiempo, fácilmente se advierte que tiene una naturaleza singular. Los libros, los preparadores, exigen un desembolso patrimonial, un gasto que los califica como daños patrimoniales. No así el tiempo que, por no ser cosa material susceptible de ser tasada, no puede ser objeto de daño patrimonial sino que más bien podría integrarse dentro de los daños morales, como veremos luego.

Planteadas la cuestión, ha de resolverse si los gastos de preparación de las pruebas selectivas deben considerarse indemnizables o no. Los de-

mandantes, “que estudiaban en ratos libres”, no hicieron gasto de preparadores, pero sí de libros y de tiempo, cuya indemnización solicitan. La sentencia no contiene expreso pronunciamiento sobre la indemnización de los libros, quizá por olvido, quizá por falta de concreción de su precio (no es suficiente que se afirme que se trataba de “libros muy costosos”), quizá, en fin, por considerar generalizable a todos los gastos de preparación de las pruebas el argumento utilizado para denegar la indemnización solicitada por el tiempo dedicado a su preparación: que nada puede pedir quien, opositando o concursando, asume el riesgo de no conseguir su objetivo.

Discrepamos. Hay que reconocer que la cuestión es discutible, pero en relación con la indemnizabilidad de los gastos de preparación de las pruebas consideramos que: 1) Una cosa es que quien oposite asuma el riesgo de suspender, como dice la sentencia, y deba arrostrar sus consecuencias: gasto de tiempo y dinero que no le ha servido para conseguir su meta, y otra es que, quien oposita y aprueba con arreglo a las bases que rigen el proceso, y que incluso es nombrado funcionario pero luego pierde la plaza por anulación de tales bases, deba soportar los gastos hechos para su preparación. Porque si ha aprobado es por haber realizado los gastos necesarios para la preparación. Si después, sin culpa suya, se la priva de la plaza, resulta que la Administración ha hecho inútiles los desembolsos realizados. Y no hay razón para que esos gastos que la Administración ha hecho inútiles deban ser soportados por quien aprobó el concurso-oposición. 2) Por tanto los gastos son indemnizables. Lo que ocurre es que, aunque los hemos calificado en una primera aproximación de inútiles, no lo son completamente. En efecto, los gastos pueden servir para conseguir la plaza en un nuevo concurso-oposición, de haberlo, o, en último término, para alcanzar una mayor cualificación técnica que amplíe las expectativas profesionales del afectado. Esto es, en la valoración de la indemnización hay que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Como dicen los autores: “la compensación de lucro con daño se verifica por los tribunales ya de forma explícita o implícita al calcular la indemnización por daños. Lógicamente, al resolver en justicia los casos controvertidos ha de evitarse que el perjudicado salga favorecido, y es este sin duda un dato a tener en cuenta puesto en relación con otros para fijar el daño resarcible”. 3) De donde podríamos concluir que los gastos de preparación de las pruebas son indemnizables, pero la fijación del “quantum” indemnizatorio debe hacerse ponderadamente por los tribunales mediante una valoración conjunta que tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso. Lo que acerca la valoración de estos daños a la del daño moral.

b) Lucro cesante

b.1) Concepto y valoración. Conforme al artículo 1106 del Código Civil, por lucro cesante se entiende “la ganancia dejada de obtener”, esto es, la ventaja patrimonial frustrada por el hecho o acto productor del daño. El concepto de lucro cesante así expuesto es impreciso, lo que obliga a la búsqueda de un criterio sólido que permita dilucidar los casos en que nos encontramos ante un verdadero supuesto de lucro cesante, de ganancia realmente frustrada, y aquellos en que existe una mera esperanza imaginaria, dudosa o contingente. Se trata, en fin, de separar los “sueños de ganancia”, según la afortunada expresión de Dernburg, de las genuinas pérdidas de beneficios.

En este sentido, la jurisprudencia civil ha conseguido dar una serie de orientaciones generales en que debe fundarse la decisión sobre la existencia de lucro cesante en un caso concreto, desistiendo -quizá otra cosa no es posible atendida la naturaleza de la figura- del intento de encontrar la fórmula universal que, objetiva y abstracta, permita resolver del mismo modo todos los casos. Sus líneas básicas son: a) reconocimiento de que “el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios” (STS 8-7-96); b) exigencia de que la ganancia no sea solamente posible sino probable o segura, “no basta la posibilidad de la ganancia sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto” (STS 16-6-93); “las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser respetadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza definitiva” (STS 8-7-96); c) exclusión de las ganancias “dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas” (STS 17-12-90), “de los perjuicios puramente hipotéticos o eventuales” (STS 5-10-92); d) necesidad de prueba del lucro por quien lo reclama y aplicación de un prudente criterio restrictivo respecto a su estimación. En definitiva, el carácter restrictivo fijado por la jurisprudencia implica que, en el conflicto entre seguridad y justicia, se prefiere que el resarcimiento no sea total a que se ocasione el enriquecimiento injusto del dañado.

b.2) Supuestos. Es difícil resolver en qué consiste, si en algo, el lucro cesante como concepto resarcible a cargo de la Administración en los supuestos de anulación de nombramiento de funcionario subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria de un proceso de concurrencia selectiva.

Podría pensarse -y así lo defenderían los interesados- que si el lucro cesante es la ganancia dejada de obtener que dice el Código o, precisando con

la jurisprudencia, una ganancia probable o segura según el curso normal de los acontecimientos, el perjudicado en este tipo de casos tendría derecho a que se le indemnizase por lucro cesante con el importe de las retribuciones que habría cobrado de seguir en la plaza hasta la extinción de la relación funcionarial. En efecto, obtenida la plaza, es “probable o segura” la continuidad en el empleo y su retribución. De hecho, en el caso resuelto por la sentencia de 1-4-2003, los demandantes reclamaron como lucro cesante, ya que no el importe íntegro de las retribuciones correspondientes al empleo de cabo de que se les privó tras ganar la plaza, habida cuenta de que seguían trabajando y cobrando como agentes de la policía local, las diferencias retributivas entre un empleo y otro, sometiendo la continuidad del cobro de tales diferencias únicamente a su permanencia en la función pública. (Añadamos que, ya sin fundamento alguno, reclamaron también su derecho, si algún día accedían al empleo de cabo, a cobrar en tal caso la diferencia retributiva entre ese empleo y el inmediatamente superior.)

No sólo el sentido común nos dice que el lucro cesante no puede tener el contenido expuesto, también lo hace el razonamiento jurídico. Y es que la retribución es la contraprestación que se satisface por unos servicios. Si el servicio deja de prestarse, por la razón que sea, puesto que no hay prestación no puede haber contraprestación, ni en forma de retribución ni de equivalente indemnizatorio. En caso contrario, rota la reciprocidad, existiría un auténtico enriquecimiento injusto. Además, esta crítica a la extensión exorbitante del lucro es la única compatible con la exigencia jurisprudencial de “prudente criterio restrictivo en su estimación”.

Ahora bien, que el lucro cesante no esté constituido por esas retribuciones es algo distinto a que no pueda haberlo. Porque indudablemente existe una ganancia frustrada, de distinta importancia según las circunstancias de cada caso, a las que habría que estar para la concreta fijación del lucro: las retribuciones del puesto que se pierde, la cualificación profesional del afectado, sus perspectivas de encontrar un nuevo empleo, su edad, su salud, etcétera. Sin perder de vista que la cesación en un empleo puede haber permitido el comienzo en otro quizá incluso mejor retribuido, en cuyo caso el lucro cesante simplemente no existiría.

La STS 1-4-2003, tras rechazar acertadamente la pretensión de los demandantes de que se les abonaran las diferencias retributivas entre el empleo de cabo y el de agente de la policía local -pretensión que la sentencia califica de “desorbitada” pues “se pretende, en definitiva, una indemnización vitalicia”- rechaza también la pretensión subsidiaria de que se les abone

una cantidad a tanto alzado de más de doce millones de pesetas a cada uno de ellos. Lo hace igualmente con acierto, pues, como argumenta la sentencia, no hubo lucro cesante en tanto que el Ayuntamiento arbitró medidas, como la interinidad en el empleo de cabo, que permitieron que los afectados siguieran cobrando las mismas cantidades, situación que continuó hasta que, en nuevo concurso-oposición, uno de los demandantes volvió a ganar la plaza mientras que el otro no lo hizo porque voluntariamente se retiró del proceso selectivo.

c) Daño moral

c.1) Concepto y valoración. El daño moral es un daño no patrimonial. Es más fácil su definición negativa que la positiva. La STS de 31-5-2000 la intenta al decir que los daños morales son aquellos en que “el perjuicio recae en el acervo espiritual de las personas”. Esto es, los daños morales recaen en bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y que, por lo tanto, carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto. No obstante, queda más delimitado su sentido si decimos que, dentro del daño moral, suele distinguirse entre el que afecta al aspecto social de la persona (honor, reputación, consideración) y el que se refiere a su vertiente más afectiva (como el dolor por la muerte de un ser querido).

Lo anterior sin embargo: a) junto a los daños morales propios y los patrimoniales directos, doctrina y jurisprudencia distinguen también los daños morales impropios o patrimoniales indirectos que son los que recaen sobre la esfera jurídica extrapatrimonial, aunque determinan mediatamente un menoscabo económico. Puede hablarse también de daños morales derivados de daños patrimoniales, como el dolor moral producido por la pérdida de una joya familiar, esto es, de daños morales concomitantes con los patrimoniales o a la inversa; b) muchos autores distinguen como categoría distinta del daño moral y el patrimonial la del daño personal o corporal como el que recae sobre la salud o la integridad física o psíquica del individuo; c) y la jurisprudencia, a su vez, ha configurado una categoría de daño indemnizable, el “pretium doloris” (SSTS 16-7-84, 7-11-89, etc.) como concepto propio e independiente de los demás que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados.

La indemnizabilidad del daño moral, hoy indudable, se fue abriendo camino en la jurisprudencia desde la STS de 6-12-1912. Sin perjuicio de su reconocimiento expreso en determinados ámbitos: LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la pro-

pia imagen; Ley 22/94, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Uno de los aspectos más complejos del daño moral, o del “pretium doloris” como concepto más amplio, es el de encontrar la forma de realizar su valoración. Y es que se ha dicho que el dolor no es resarcible aunque sí compensable. A la hora de efectuar una valoración (4), la jurisprudencia ha optado por una “valoración global que deriva de una apreciación racional aunque no matemática” (STS 3-1-1990) pues “se carece de parámetros o módulos objetivos” (STS 27-11-1993), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria (STS 27-2-1988), de modo que en la valoración hay un innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales” (STS 19-7-1997).

c.2) Supuestos. Junto a la dificultad de la valoración del daño moral o del “pretium doloris”, el mayor problema de este tipo de daños es el de su prueba pues, como dice la STS de 14-12-96, es un daño “relativo e impreciso”, de una “imprecisión forzosa”, lo que, a juicio de Ricardo de Ángel Yáguez (5), impide una exigencia judicial excesivamente estricta respecto de su prueba.

Supuestos de daños indemnizables como “pretium doloris” en casos como el tratado en el presente comentario podrían considerarse, entre otros, el daño al honor (de difícil concurrencia y no reclamado por los interesados, pero que, por ejemplo, la STS 15-5-2001, para un supuesto de cese de funcionario, reconoce haberse producido y condena a indemnizar), o el daño a la imagen profesional, o las expectativas profesionales frustradas. Ciñéndonos a los reclamados por los interesados y tratados en la STS 1-4-2003, tenemos: 1) las enfermedades de cuerpo o mente de los funcionarios desposeídos en relación directa con la pérdida de la plaza ganada en el concurso-oposición; 2) los daños producidos por la decepción o molestias de la anulación del nombramiento. La indemnizabilidad de este tipo de daños es indudable. La jurisprudencia habla del “disgusto”, “desánimo”, “desesperación”, “pérdida de la satisfacción de vivir”, de las “tensiones, incomodidades, molestias” (STS 31-5-2000) como conceptos indemnizables; 3) los daños derivados del tiempo dedicado a la preparación del concurso-oposición que, a nuestro juicio, según justificamos antes, no constituyen daño patrimonial sino moral.

Los dos primeros supuestos de daño están íntimamente relacionados: en ambos existe un sufrimiento, que puede quedar en decepción o, más dañino,

producir una auténtica enfermedad en los particulares. Ambas formas de daño, por serlo indudablemente, son indemnizables.

Respecto de las enfermedades, aunque no queda suficientemente claro, la STS 1-4-2003 parece hacer suya la conclusión del Ayuntamiento de que los síndromes depresivos de poco más de un mes padecidos por los reclamantes tienen dudosa relación con la anulación de las plazas. Consiguientemente, no acreditada la relación de causalidad, la Administración no puede ser condenada a indemnizar el daño.

En cuanto a lo que hemos llamado decepción o molestias, la sentencia se pronuncia expresamente si bien en forma que entendemos contradictoria. En efecto, la sentencia reconoce que la anulación ha producido un daño moral en los reclamantes en tanto que ha habido daño psíquico que concreta en “el cambio de situación derivada de la anulación, la necesidad ulterior de concurrir a nuevas pruebas selectivas, etc.” que, incluso, dice, “ha podido trascender al ámbito familiar de los reclamantes, creándoles una situación incómoda también en el ámbito profesional que no tenían el deber de soportar”. Hasta aquí nada hay que objetar. Al contrario, como dijimos anteriormente, este daño psíquico, por serlo, debe indemnizarse. Y adviértase que, según la sentencia, el daño existe con el mero cambio de situación y la necesidad de acudir, en su caso, a nuevas pruebas selectivas. Esto es, en tanto que se dice que “ha podido” trascender, posibilidad no certeza, al ámbito familiar y profesional de los reclamantes, es claro que se considera que aunque no hubiese trascendido (como parece que ocurre en el caso de autos en que no hay prueba de ello) también existiría el daño. Lo que lleva a la conclusión de que este daño psíquico es poco menos que universal en estos casos, pues en todos los supuestos de anulación de nombramientos se condena al interesado a una nueva situación y a la necesidad de concurrir de nuevo a las pruebas si quieren ganar la plaza. Pero como esto es así siempre en estos casos, no se entiende que la sentencia, al conceder a los demandantes una moderada indemnización por este concepto, haga un llamamiento a la “singularidad del caso, que en modo alguno consideramos generalizable a otros supuestos de anulación de nombramientos de funcionario subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria”.

Los daños producidos a los interesados por el tiempo dedicado a la preparación de las pruebas, como dijimos al tratar del daño emergente, consideramos que son daños morales y que deben ser indemnizados. Pero, como allí también dijimos, la valoración ha de ser ponderada de forma muy cautelosa sin perder de vista los beneficios obtenidos por los afectados. Carece de toda

base valorar el daño, como hacen los demandantes, en casi un millón de pesetas, cantidad que resultaría de aplicar a dos horas diarias de estudio, cinco días a la semana durante un año, el valor atribuido a las horas extraordinarias. La consideración como horas extraordinarias se funda en que el estudio lo hacían los interesados fuera de la jornada laboral. Circunstancia que en modo alguno debe hacer más gravosa la indemnización a cargo de la Administración. Pero es que, además, los criterios para la valoración de este daño, sí, existente e indemnizable, son otros, los expuestos: una valoración muy cautelosa y restrictiva en que se contemplen todas la circunstancias del caso.

#### IV. RECAPITULACIÓN

La STS de 1-4-2003 nos ha servido para hacer una serie de consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de anulación de nombramientos de funcionarios subsiguiente a la anulación de las bases de la convocatoria que rigen el proceso selectivo, supuesto no excesivamente tratado por la jurisprudencia.

Admitida la posibilidad de la indemnización, el problema mayor es la fijación de la extensión que, ciertamente, está dominada por el casuismo, pero el caso concreto (el daño y su prueba en tal caso o tal otro) no debe ser excusa para la búsqueda de cierta generalización que sirva de guía: el daño emergente puede ser de gran diversidad (anterior, coetáneo o posterior al proceso selectivo) y los gastos de preparación del concurso-oposición deben, moderadamente, indemnizarse; el daño moral, también tan diverso (en forma que pueden comprender desde las incomodidades causadas por la anulación hasta el tiempo dedicado a la preparación de las pruebas) es igualmente resarcible; como lo es el lucro cesante, si bien, tan dado a reclamaciones desorbitadas, debe procederse en su estimación con mucha cautela.

Es fácil que en estos pleitos los tribunales se dejen llevar por una valoración global del daño, pero, si se quiere resolver en justicia, para precisar la indemnización procedente no es posible prescindir de la búsqueda, lo más detallada posible, de los diversos supuestos de conceptos resarcibles concurrentes en el caso.

Sin duda habrá opiniones más fundadas que la nuestra y de mayor acierto. Pero si estas líneas sirven de estímulo para nuevas reflexiones habrán conseguido su objetivo.