

Expediente: 8/2008

Objeto: Responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra sobre diferencias en la determinación de derechos pasivos.

Dictamen: 11/2008, de 22 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 22 de abril de 2008,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don Julio Muerza Esparza actuando como Consejero-Secretario accidental; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José M^a San Martín Sánchez y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don José M^a San Martín Sánchez,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1^a. Consulta

El día 11 de febrero de 2008 tuvo entrada en el Consejo de Navarra escrito del Presidente del Gobierno de Navarra del mismo día a través del que, con cita expresa del artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se recaba la emisión del preceptivo dictamen sobre reclamación patrimonial, presentada por don ..., sobre diferencias en la determinación de sus derechos pasivos.

Se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo propuesta de resolución y la Orden Foral 47/2008, de 30 de enero, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se remite a este Consejo aquél para su dictamen.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Anteriores a la reclamación de responsabilidad patrimonial

De la documentación remitida a este Consejo se deducen, esencialmente, los siguientes hechos anteriores a la reclamación de responsabilidad patrimonial:

1. Con fecha 20 de octubre de 1974, don ... ingresó como funcionario en la Diputación Foral de Navarra. Tras ocupar diversos puestos, el día 1 de junio de 1987 pasó a ser funcionario de las Comunidades Europeas, quedando en situación de servicios especiales en la Hallándose ya en esta situación requirió de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra información sobre las consecuencias de ello en el ámbito de sus derechos pasivos. La consulta no fue formulada por el ahora reclamante sino por el Presidente de la ..., y contestada por escrito del Director de Personal, de 23 de agosto de 1988, dirigido al citado Presidente, del que en lo que aquí importa se transcribe:

“En relación con el régimen de derechos pasivos he de indicarle, asimismo, que al encontrarse D. ... en situación de servicios especiales, con reserva de plaza, en el supuesto de que optara por el reingreso en el servicio activo de esa ..., tendría derecho a que se le reconociera, a todos los efectos, el tiempo servido en la Comunidad Económica Europea. En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de la Diputación Foral de 29 de octubre de 1981, el tiempo permanecido en la Comunidad Económica Europea, no daría lugar a que el Sr. ... hiciese una aportación económica al Montepío.”

2. Tras prestar servicios durante 17 años en las Comunidades Europeas se reincorporó a su puesto de trabajo en la ... el día 1 de noviembre de 2004.

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre Régimen Transitorio de los Derechos Pasivos del

Personal Funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, (desde ahora, Ley Foral 10/2003) presentó, con fecha 15 de noviembre de 2004, escrito solicitando la suspensión del plazo de un mes establecido en su disposición transitoria segunda para que los funcionarios en situación de “servicios especiales” pudieran optar por continuar en el sistema de derechos pasivos existente con anterioridad. Esta petición le fue denegada por Resolución 2.711/2004, de 25 de noviembre, del Director General de Función Pública. Un día antes al de la fecha de la citada resolución, había presentado un nuevo escrito en el que manifestaba la situación de carencia de información necesaria para ejercer su derecho de opción, así como los problemas de indefensión y discriminación con los que se estaba encontrando al tener que escoger entre el antiguo y el nuevo sistema para el 30 de noviembre de 2004 “sin un plazo razonable de reflexión posterior a la percepción de la información necesaria”.

3. Ante la que el ahora reclamante denomina falta de información, solicitó del Director General de Función Pública, por escrito de 26 de noviembre de 2004, se le diera contestación a los escritos de 15 y 24 de noviembre al objeto de poder ejercitar el derecho de opción, y que, subsidiariamente, se entendiera ejercitado el mismo “a favor de aquel sistema de derechos pasivos que, en una interpretación correcta, le concediera la pensión más alta entre las posibles”.

Tal petición fue respondida a través de la Resolución 2.770/2004, de 13 de diciembre, del Director General de Función Pública. Por ella se tuvo por ejercitado el derecho de opción por la aplicación del sistema existente con anterioridad a la Ley Foral 10/2003, por entender aquél que resultaba más beneficioso al reclamante desde el punto de vista económico. Al mismo tiempo se le requería la regulación y el pago de las cuotas de derechos pasivos correspondientes al período de tiempo comprendido entre el 1 de diciembre de 1999 y el 31 de octubre de 2004.

A dicha resolución se unió un “Anexo I” en el que se recogía la documentación facilitada en su día por la Administración actuante al interesado, concretamente con fechas 19 y 26 de noviembre de 2004, conteniendo los precálculos de pensiones de jubilación voluntaria, realizados a instancia del mismo, a determinadas fechas previstas de jubilación (tanto por el antiguo como por el nuevo sistema).

4. Contra dicha resolución interpuso, mediante escrito de 14 de enero de 2005, recurso de alzada ante el Gobierno de Navarra solicitando “ordene se proceda a dictar otra en que se aplique al suscribiente el sistema de derechos pasivos más favorable a sus intereses que no será otro que el resultante de la Ley Foral 10/2003, en correcta aplicación de lo dispuesto en su Disposición Adicional Segunda, según se ha expuesto en este escrito y, en todo caso anulando la “regularización y cobro” establecida en la Resolución impugnada ...”, recurso que el Gobierno de Navarra acordó desestimar en sesión celebrada el día 20 de junio de 2005.

Frente a este acuerdo, el ahora reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Pamplona, que lo resolvió mediante sentencia número 285 de 10 de octubre de 2005. Ésta declaró la nulidad del acuerdo recurrido “en el particular referente a la exigencia de regularización y pago de cuotas del sistema antiguo de derechos pasivos...”, confirmándolo en el resto.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tanto por el ahora reclamante como por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por sentencia de apelación número 247/2006, de 4 de abril, desestimó el recurso interpuesto por don Por el contrario estimó el entablado por la representación de la

Administración revocando “el particular atinente a la exigencia de pago de cuotas que contiene el apartado 2º de la resolución del Director General de la Función Pública del Gobierno de Navarra 2730/2004...”, que confirmó.

Reclamación de responsabilidad patrimonial

Don ..., mediante escrito de 2 de abril de 2007 que tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Navarra el mismo día, formuló “reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración pública” solicitando que por Orden Foral se le reconozca el derecho *”a hacer efectivas las cotizaciones correspondientes al Montepío de funcionarios forales correspondientes a todo el tiempo en que estuvo en la situación de servicios especiales, otorgándole la posibilidad de realizar dicho pago de forma fraccionada en los años que le restan para alcanzar la edad de jubilación y, desde ese reconocimiento, se tenga por efectuada la opción por el nuevo sistema de derechos pasivos, que hubiera sido el más favorable si la Administración no le hubiera privado ilegítimamente de su derecho, y obligación, de haber cotizado al régimen de derechos pasivos en la situación de servicios especiales”* o, subsidiariamente, y de rechazarse la anterior solicitud, *“el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 10.512 euros anuales como complemento a su pensión de jubilación y mientras perciba la misma, incrementada anualmente conforme al índice de precios al consumo de Navarra, o en la cantidad global, de pago único y de una sola vez, de 189.216 euros, más los intereses legales correspondientes”*. A este escrito se unen 8 documentos.

Instrucción del procedimiento

El Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, por Orden Foral 297/2007, de 29 de junio, ordenó iniciar el expediente de responsabilidad patrimonial promovido por don ... nombrando, al propio tiempo, instructora del procedimiento e igualmente ordenó informar al interesado sobre el plazo máximo para su resolución señalando que, transcurrido el mismo sin que recaiga resolución expresa, podrá entenderse que dicha resolución es contraria a la indemnización reclamada, *“según dispone el artículo 13.3 del*

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial” (desde ahora, RPPRP). En la misma resolución se ordenó su notificación al reclamante y a los organismos y entidades afectadas por el mismo.

La instructora del expediente, por escrito de 13 de julio de 2007 dirigido al Director General de Función Pública, después de manifestar haber tenido entrada en la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior la reclamación formulada por don ..., solicitó de aquél información sobre los siguientes extremos:

“- fecha de ingreso del reclamante como funcionario en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; puesto que ocupa en el servicio activo y período en el que ha estado en situación de servicios especiales con reserva de plaza como funcionario al servicio de la Comunidad Europea.

- régimen por el que optó el reclamante en el sistema de derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra y criterios aplicables para el cálculo de la pensión en dicho régimen y en relación a las cotizaciones a realizar por el funcionario, particularmente en lo que respecta a la regularización y pago de cuotas.

- sistemas en los que el funcionario reclamante va a recibir pensión a la fecha de su jubilación, períodos de prestación de servicios que se computan para causar derecho en cada uno de ellos y para el cálculo de la base reguladora y compatibilidad entre los mismos.

- recursos contencioso-administrativos deducidos por el funcionario reclamante frente a actos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra dictados en relación a cuestiones sobre derechos pasivos y resoluciones judiciales dictadas en las sucesivas instancias.

- cualquier otro aspecto, dato o antecedente de que se disponga en relación al reclamante y que se considere de interés para la resolución del procedimiento.”

En el escrito en cuestión se hace constar que el informe se considera necesario para poder determinar y comprobar los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, y preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.1.b) de la ley Foral 15/2004, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (desde ahora, LFACFN) y el artículo 10.1 del RPPRP, y que deberá ser emitido en el plazo de 10 días, según lo dispuesto en el artículo 83.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (desde ahora, LRJ-PAC) y en el artículo 10.2 del RPPRP, y que, siendo determinante y preceptivo, su no emisión en plazo supondrá la interrupción del cómputo de los plazos de los trámites sucesivos, conforme a lo establecido en el artículo 83.3 de la LRJ-PAC.

La citada solicitud, de 13 de julio de 2007, fue contestada por el Director del Servicio de Prestaciones Sociales del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior mediante comunicación de 6 de agosto de 2007. Esta comunicación consta de cinco puntos. El primero contiene el historial laboral del reclamante en una versión que coincide sustancialmente tanto con la aducida por éste como con la que se deduce del contenido de los documentos integrantes del expediente remitido. En el punto 2, letra a) se analiza la resolución 2.770/2004, de 13 de diciembre, del Director General de Función Pública por la que se tiene por ejercitada, dentro del plazo, la opción por la aplicación del sistema de derechos pasivos existente con anterioridad al establecido en la Ley Foral 10/2003, al haberse ejercitado a favor del “sistema que le resulte más beneficioso desde el punto de vista económico”, que no es otro –se dice- que el señalado. En la letra b) del punto analizado se señala que los precálculos de la pensión de jubilación, tanto por el antiguo como por el nuevo sistema, fueron realizados con arreglo a la normativa aplicable a cada uno de ellos:

“Antiguo sistema de derechos pasivos: Cálculo ordinario, teniendo en cuenta, para el cómputo, los servicios reconocidos.

- Nuevo sistema de derechos pasivos: Se computan a todos los efectos, es decir, a efectos de años de servicios y de determinación del porcentaje a aplicar, el tiempo en el que ha permanecido en la situación administrativa de servicios especiales –entre el 1 de julio de 1987 y el 31 de octubre de 2004 ambos inclusive-, no así para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ya que al tratarse de meses no cotizados al Montepío, tales lagunas se integran a los exclusivos efectos de dicho cálculo, con las bases mínimas de cotización del nivel E, correspondiente a los meses no cotizados, ello en aplicación de lo establecido en el artículo 34.3, párrafo primero, de la Ley Foral 10/2003.”

En el punto 3 se hace referencia a las notas del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior de 9 y 23 de agosto de 1988 dirigidas al Presidente de la ..., en relación con la falta de obligación jurídica de los funcionarios en situación de servicios especiales de cotizar al antiguo sistema de derechos pasivos, señalando que el mantenimiento de criterios divergentes en el pasado nada obsta a la plena adecuación a Derecho de la conclusión reflejada en la Resolución administrativa 2.770/2004, de 13 de diciembre, del Director General de Función Pública, en su día impugnada; que el sistema de derechos pasivos antiguo no exime de cotización a los funcionarios en situación de servicios especiales, “dado que el ingreso de las correspondientes cuotas de cotización aparece configurado como requisito necesario para tener derecho a las prestaciones que otorga el propio sistema de derechos pasivos (el artículo 1 del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios de la Diputación Foral no deja duda al respecto), por lo que se ha de concluir que la cotización al sistema por parte de los interesados constituye una obligación exigible a los mismos”, de donde se deriva la regularización de la situación del reclamante, descontándole, a través de nómina, las cuotas mensuales de derechos pasivos correspondientes al período 1 de noviembre de 1999 a 31 de octubre de 2004.

En el punto 4 se analiza la cotización en el nuevo sistema de derechos pasivos previsto en la Ley Foral 10/2003, resaltando que, conforme a lo establecido en su artículo 10, apartado 2, párrafo segundo “quedan exceptuados de la obligación de cotizar los funcionarios que se hallen en la situación de servicios especiales y se encuentren en situación de alta en otro sistema de previsión social por el desempeño del puesto o cargo, que haya determinado su pase a tal situación administrativa” (caso concreto, de don ..., acogido al sistema de previsión social de los funcionarios de las Comunidades Europeas; y que, obviamente, queda fuera del sistema español de Seguridad Social), por lo que se añade que *“en el hipotético caso (no real, a la vista de los hechos) de que don ... hubiese abonado, durante el período en el que ha permanecido en la situación administrativa de servicios especiales, a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra las cuotas de cotización mensuales al sistema de derechos pasivos del personal funcionario del Montepío de la Administración de la Comunidad Foral, si una vez producido su reingreso al servicio activo, 1 de noviembre de 2004, hubiese optado, dentro del plazo señalado (de un mes, a contar desde la fecha de su reingreso al servicio activo), por la aplicación del nuevo sistema de derechos pasivos previsto en la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (quedando, por tanto, definitivamente comprendido en el ámbito de aplicación del sistema de derechos pasivos regulado en la citada Ley Foral) se hubiese procedido por parte de esta Administración de la Comunidad Foral de Navarra a la devolución íntegra de las cantidades abonadas, si bien sólo de las correspondientes a las cuotas devengadas a partir del 1 de abril de 2003”*.

Por último, en el punto 5 de la repetida comunicación se señala que “el expediente de reclamación patrimonial... supone, en definitiva, reabrir un proceso judicial, tratando de abordar una cuestión que ha sido ya debatida y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, siendo firme la sentencia dictada por dicho Tribunal”.

Trámite de audiencia y otros posteriores

La instructora, por acuerdo de 9 de agosto de 2007, dio por concluida la fase de instrucción del procedimiento, concediendo al interesado un plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación del mismo, para que pudiese formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimase oportuno. Igualmente acordó hacerle entrega de una copia del informe emitido por el Servicio de Prestaciones Sociales del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, así como del expediente donde obra toda la documentación referente a los hechos en que el reclamante fundamenta su pretensión.

Don ..., por escrito de 27 de agosto de 2007, formuló alegaciones en las que, después de manifestar que la documentación que le había sido trasladada “no aporta elemento alguno que no se hubiera tenido en cuenta en el momento de formular nuestro escrito iniciador”, viene a reiterar que la Administración de la Comunidad Foral es la que le ha impedido efectuar “aportación alguna al sistema de pasivos del Montepío Foral durante su permanencia en situación de servicios sociales...” al informarle que “el tiempo permanecido en la Comunidad Económica Europea, no daría lugar a que el Sr. ... hiciese una aportación económica al Montepío”, criterio que – dice- “luego, en el año 2003, viene a rectificar sin hacer frente a las perjudiciales consecuencias que tuvo tanto aquélla como ésta determinación...”.

Continúa su escrito manifestando que confiando en la actuación de la Administración –en la información facilitada y en la decisión adoptadas en 1988- no abonó cotizaciones al Montepío durante el tiempo que estuvo al servicio de las instituciones europeas y que “esa decisión administrativa que obedeció el suscribiente es la determinante de los daños y perjuicios, ciertos y determinados, que se le han causado ahora cuando no se le computan las retribuciones de su puesto de trabajo funcional por no haber “cotizado” al Montepío, supliendo esa ausencia de cotización con la aplicación de las bases o salarios mínimos, muy alejados de los correspondientes a su puesto de trabajo, nivel y categoría”.

Finaliza el reclamante su escrito de alegaciones solicitando se le reconozcan que “las pretensiones deducidas en el escrito iniciador del procedimiento que nos ocupa”, es decir, tener por efectuada su opción por el nuevo sistema de derechos pasivos, que, según viene manteniendo en todos sus escritos, hubiera sido el más favorable o, subsidiariamente, ser indemnizado en la cantidad de 10.512 euros anuales, como complemento a su pensión de jubilación o en la cantidad global de 189.216 euros.

El Director del Servicio de Prestaciones Sociales del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, con fecha 5 de noviembre de 2007, realiza, en relación con el escrito de alegaciones presentado por don ..., una serie de puntualizaciones que inicia recordando los requisitos establecidos por la normativa vigente “de cara a apreciar la existencia de una obligación indemnizatoria de la Administración Pública”. Pasa a continuación a examinar en esta primera parte del informe los argumentos y pretensiones del reclamante, haciendo las siguientes observaciones: 1) Que el presunto daño alegado no es tal, sino más bien lo contrario, al haberse ahorrado las cuotas correspondientes al período de tiempo comprendido entre el 1 de junio de 1987 y 31 de octubre de 1999, “ya que el hecho de no haber cotizado durante ese período, no incide en el cálculo de la cuantía de su previsible y próxima pensión de jubilación (obviamente, no devengada o reconocida a fecha de hoy) conforme al sistema derechos pasivos existente con anterioridad al previsto en la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo ...”; que dichas cotizaciones “quedan única y exclusivamente referidas al sistema de derechos pasivos existente con anterioridad al previsto en la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo (sistema antiguo), y no al previsto en la Ley Foral reseñada (sistema nuevo) (...) que conlleva una modificación sustancial del régimen de derechos pasivos de dichos funcionarios y, en concreto, del régimen de prestaciones reconocidas, al serles de aplicación –como consecuencia de una única prestación de servicios- los principios de no duplicidad de cobertura y de prohibición de inclusión múltiple obligatoria, por lo que don ... no puede pretender permanecer incluido además de en el sistema de derechos pasivos del personal funcionario de las Comunidades Europeas, en el nuevo sistema de derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra”. Continúa

exponiendo que caso de haberse producido un daño, lo que no es así, el mismo no sería efectivo por cuanto sólo se hubiesen perjudicado meras expectativas de derechos, ya que el reclamante no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado conforme al nuevo régimen de derechos pasivos de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra; que nos encontraríamos, por tanto, ante una mera expectativa de derechos, y no ante un derecho consolidado; y que no puede predicarse el término lesión cuando no se trata de una conducta antijurídica sino simplemente de un criterio erróneo en la interpretación de una norma, dada en contestación a una consulta. Que, por tanto, procede desestimar la reclamación previa sobre responsabilidad patrimonial formulada.

En la segunda parte del informe en la que se dice entrar a analizar el fondo del asunto, se viene a reiterar, si bien de forma más pormenorizada y extensa, lo ya expuesto en su anterior informe de 6 de agosto de 2007.

Se adjunta, además, a este segundo informe, en respuesta a petición formulada por el reclamante, una “hoja de precálculo de pensión de jubilación” (simulación), referida al mismo y a la fecha 21 de septiembre de 2008, en la que tendrá 60 años de edad y contará con 35 años de servicios reconocidos.

A la vista del precálculo realizado se concluye en el informe que la cuantía de la pensión del reclamante “conforme al nuevo sistema de derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra” ascendería a 14.641,20 euros brutos anuales, cantidad inferior, por tanto, a la de 18.870,20 euros brutos anuales, que es la que le correspondería en el sistema de derechos pasivos existente con anterioridad al establecido en la Ley Foral 10/2003.

Propuesta de Orden Foral resolviendo la reclamación

La propuesta de Orden Foral resolviendo la reclamación patrimonial formulada por don ..., precedida de un informe propuesta de la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, que

viene a reproducir, la desestima con base en que “no se cumplen los requisitos necesarios para que resulte procedente”.

Solicitud de dictamen preceptivo de este Consejo

Por Orden Foral 47/2008, de 30 de enero, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, se ordenó remitir al Consejo de Navarra el reiteradamente mencionado expediente de responsabilidad patrimonial para ser dictaminado por el mismo.

Solicitud por parte del reclamante de la concesión por este Consejo de trámite de audiencia, concesión de la misma y formulación de alegaciones

Con fecha 5 de marzo de 2008, tuvo entrada en este Consejo de Navarra, a través del Presidente del Gobierno de Navarra, escrito del reclamante de 25 de febrero de 2008 solicitando de aquél la concesión de audiencia en el procedimiento por periodo de quince días. Apoya, sustancialmente la procedencia de su solicitud en que, *“con posterioridad a la reclamación de responsabilidad formulada, se ha aprobado la Ley Foral 1/2008, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 2008, cuya Disposición Adicional Segunda ordena a la Administración Foral la apertura de un nuevo plazo de opción sobre uno y otro sistema de derechos pasivos para aquellos funcionarios en los que concurran los requisitos de estar en activo y cuenten con períodos de cotización a la Seguridad Social, como acontece en el caso del suscriptor”* y que *“la mencionada disposición, en definitiva, viene a facilitar la estimación de las pretensiones deducidas por el suscriptor sin el eventual obstáculo de la inamovilidad de las opciones que se hubieran podido ejercitar en su día entre uno u otro sistema de derechos pasivos”*.

El día 27 de marzo de 2008, tuvo entrada en este Consejo de Navarra escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, de igual fecha, al que se acompaña escrito de alegaciones evacuado, con fecha 18 de marzo de 2008, en el trámite de audiencia por don ... solicitando el informe favorable de aquél a la reclamación de responsabilidad patrimonial.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto y carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta versa sobre la reclamación de daños y perjuicios presentada por don ... por responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral.

El artículo 16.1.i) de la LFCN exige el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros).

En consecuencia, refiriéndose la consulta a una reclamación de daños de cuantía superior (189.216 euros) a la indicada, este Consejo emite dictamen preceptivo.

II.2ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación, requisitos y competencia

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos que, ya contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encuentra su fundamental régimen jurídico en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) LRJ-PAC, parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en los artículos 76 y siguientes de la LFACFN, en los que se contienen las normas procedimentales aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. El daño alegado habrá de ser efectivo,

evaluabile económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2), siendo indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 LRJ-PAC). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC). Finalmente, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 LRJ-PAC).

Conforme a la doctrina y reiterada jurisprudencia [Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª (Sección 6ª) de 28 de enero de 1999 y (Sección 7ª) de 1 y 25 de octubre de 1999; y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de julio de 2000], los requisitos necesarios para que proceda el derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes:

a) La lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. El daño ha de ser real y efectivo, nunca potencial o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) La lesión se define como daño antijurídico, que es aquél que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

c) La imputación de la lesión a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) La relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

e) Ausencia de fuerza mayor.

La responsabilidad patrimonial se configura aquí como una responsabilidad objetiva, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, siendo necesario sin embargo para declararla la concurrencia de los requisitos precitados.

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

Como viene recordando este Consejo (entre otros, dictámenes 34/2000, de 9 de octubre, 58/2001, de 30 de octubre, 39/2004, de 22 de noviembre y 30/2007, de 30 de julio), ese sistema de responsabilidad objetiva no convierte a las Administraciones Públicas *“en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico”* (STS de 7 de febrero de 1998 y 13 de septiembre de 2002, entre otras).

Así las cosas, nuestro sistema legal de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas exige, entre otros requisitos, la relación de causalidad, por referencia a la exigencia de un nexo causal entre la actividad administrativa y la lesión padecida por el particular, sobre cuya existencia o no se pronunciará necesariamente la resolución (artículo 13.2 RPRP). En palabras de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1999, *“cierto es que la doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo la objetivación de la*

responsabilidad patrimonial de la Administración, pero ello no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos que se produzca un resultado lesivo a raíz de la utilización de bienes o servicios públicos, sino que es necesario que exista un nexo causal entre el resultado en cuestión y el actuar de la Administración, que en casos como el que nos ocupa requiere que el siniestro del que deriva el resultado dañoso obedezca a las circunstancias de la calzada o a su señalización”.

Finalmente la competencia para resolver la presente reclamación de responsabilidad patrimonial corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 78 de la LFACF al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior.

II.3ª. Sobre la tramitación del procedimiento

La LFACFN establece en su título VI el procedimiento que ha de observarse en los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de Navarra. En el procedimiento general (artículo 80) –que es el que nos ocupa- se prevé la práctica de pruebas, solicitud de informes necesarios, audiencia del interesado, dictamen del Consejo de Navarra, propuesta de resolución del instructor y, finalmente, resolución por el órgano competente.

En el presente caso se ha practicado la prueba documental necesaria, han sido solicitados los informes que se han considerado necesarios, se ha dado audiencia al interesado y posibilitado al mismo en todo momento el conocimiento íntegro de las actuaciones, facilitando la aportación de la documentación que ha estimado conveniente, todo ello con anterioridad a la formulación de la propuesta de resolución. Con posterioridad a éste trámite, el reclamante, previa solicitud de este Consejo de Navarra y concesión por su Presidente para hacerlo, presentó nuevo escrito de alegaciones. Por consiguiente, la tramitación del procedimiento ha sido, a juicio de este Consejo, correcta.

II.4ª Incumplimiento del requisito de la efectividad del daño

Para la adecuada emisión del dictamen solicitado, resulta necesario, a juicio de este Consejo, hacer una sinopsis de los elementos circunstanciales que se deducen del expediente remitido y de las posteriores actuaciones habidas.

El reclamante, funcionario de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, pasó en 1987 a ser funcionario de las Comunidades Europeas, quedando en situación de servicios especiales en la ... donde en aquellas fechas prestaba sus servicios. En 1988 solicitó información sobre las consecuencias que tal situación tenía en el ámbito de sus derechos pasivos. La consulta fue respondida en el mismo año 1988 por escrito del Director de Personal del que transcribimos: “en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de la Diputación Foral de 29 de octubre de 1981, el tiempo permanecido en la Comunidad Económica Europea no daría lugar a que el Sr. ... hiciese una aportación económica al Montepío”. Con fecha 15 de marzo de 2003, entró en vigor la Ley Foral 10/2003. De acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del apartado 1 de su disposición transitoria segunda: “...los funcionarios que a la entrada en vigor de la presente Ley Foral se encuentren en situación de servicios especiales... podrán solicitar su continuación en el sistema de derechos pasivos anterior al previsto en esta Ley Foral, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de su reingreso al servicio activo”.

El reclamante se reincorporó a la Administración de la Comunidad Foral el día 1 de noviembre de 2004, y el día 15 de los mismos mes y año solicitó la suspensión de dicho plazo; solicitud que le fue desestimada. A la vista de ello, en lugar de formular la opción en la forma señalada en la Ley Foral 10/2003, lo hizo, de forma singular, “a favor de aquel sistema de derechos pasivos que, en una interpretación correcta, le concediera la pensión más alta entre las posibles”. Esta petición fue respondida por resolución del Director General de Función Pública en la que se tuvo por ejercitado el derecho de opción a favor del sistema existente con anterioridad a la Ley 10/2003. Esta resolución fue recurrida en alzada por el

ahora reclamante y, después, desestimado el recurso por el Gobierno de Navarra, el acuerdo de éste fue recurrido, a su vez, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que resolvió definitivamente el asunto declarando la conformidad a Derecho de la resolución del Director General de Función Pública y, por consiguiente, por formulada la opción por continuar en el sistema de derechos pasivos existente con anterioridad al previsto en la Ley 10/2003.

Con fecha 2 de abril de 2007, don ... formuló reclamación patrimonial solicitando: a) el reconocimiento del derecho a hacer efectivas las cotizaciones correspondientes a todo el tiempo que estuvo en situación de servicios especiales y “desde ese reconocimiento, se tenga por efectuada la opción por el nuevo sistema de derechos pasivos, que hubiera sido el más favorable si la Administración no le hubiera privado ilegítimamente de su derecho y obligación”; y b) de rechazarse la anterior petición, subsidiariamente, el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 10.512 euros anuales como complemento a su pensión de jubilación y mientras perciba la misma, incrementada anualmente conforme al índice de precios al consumo de Navarra, o en la cantidad global, de pago único y de una sola vez, de 189.216 euros, más los intereses legales correspondientes.

Durante la instrucción del procedimiento, concluido ya el trámite de audiencia, formulada la propuesta de resolución y solicitado el dictamen preceptivo de este Consejo de Navarra, el reclamante solicitó de éste la concesión de audiencia por período de quince días, solicitud que amparó en que con posterioridad a su reclamación de responsabilidad se ha aprobado la Ley Foral 1/2008, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 2008, cuya disposición Adicional Segunda ordena –dice- a la Administración Foral la apertura de un nuevo plazo de opción sobre uno u otro sistema de derechos pasivos para aquellos funcionarios en los que concurren los requisitos de estar en activo y cuenten con períodos de cotización a la Seguridad Social en el sector privado. La mencionada disposición –sigue diciendo el reclamante- “viene a facilitar la estimación de las pretensiones deducidas por el suscriptor sin el eventual obstáculo de la inamovilidad de las opciones que se hubieran podido ejercitar en su día

entre uno u otro sistema de derechos pasivos”. Atendida por el Presidente del Consejo de Navarra su solicitud, el reclamante, en un extenso escrito de alegaciones, analiza detenidamente, a través de sus dos apartados, “la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral y sus pretensiones” y “la inconsistencia de los “argumentos” de la Administración Foral”, para terminar solicitando de este Consejo la emisión de dictamen favorable a las pretensiones deducidas “en reclamación de responsabilidad patrimonial por el suscribiente”.

Finalmente, el día 8 de abril de 2008 ha tenido entrada en el Consejo de Navarra para ser dictaminado un Proyecto de Decreto Foral, por el que se establece un nuevo plazo de opción para la aplicación del nuevo sistema de derechos pasivos previsto en la Ley 10/2003, en cumplimiento de lo señalado en la disposición adicional segunda de la ya citada Ley Foral 1/2008, de 24 de enero.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce en lo que interesa:

1º La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, a través de su Dirección de Personal, informó, oportunamente, al reclamante en el sentido de que si optara por el reintegro al servicio activo a la Administración de la Comunidad Foral, tendría derecho a que se le reconociera a todos los efectos el tiempo servido en la Comunidad Económica Europea; que el tiempo permanecido en ésta (no se señala límite alguno) “no daría lugar a que el Sr. ... hiciese una aportación económica al Montepío”, sin que, por otra parte, durante los 17 años que duró aproximadamente tal situación nunca aquélla le comunicase nada en contrario.

2º El reclamante, por su parte, una vez incorporado a la ... en la que se encontraba en situación de servicios especiales, tuvo las siguientes intervenciones: a) no ejercitó en la forma legalmente establecida la opción prevista en la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 10/2003; incumplimiento éste que acarreó una serie de actuaciones que finalizaron por resolución jurisdiccional que declaró ajustada a Derecho la resolución de la Administración por la que se tuvo por ejercitada por el reclamante la opción por continuar en el sistema de derechos pasivos anterior a la Ley

Foral 10/2003; opción que, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda de dicha Ley “tendrá en todo caso carácter irrevocable y vinculará a cualquier pensión que se pueda causar por dichos funcionarios” (los acogidos a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra); y, b) formuló la presente reclamación patrimonial y durante la tramitación de la misma, como él mismo denunció, se publicó la Ley Foral 1/2008, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2008 que “autoriza al Gobierno de Navarra para que proceda al establecimiento de un plazo de opción con el fin de que aquellos funcionarios que se encuentren en servicios activos o situación asimilada a la de alta, que optaron en su día por continuar en el sistema de derechos pasivos existente con anterioridad al previsto en la Ley 10/2003 ...y cuenten con períodos de cotización a la Seguridad Social en el sector privado –como acontece con el reclamante según afirma- puedan optar por la aplicación del nuevo sistema de derechos pasivos previstos en la referida Ley Foral...”. Esta disposición adicional (segunda) ha sido objeto ya de un proyecto de decreto foral que el Gobierno de Navarra ha remitido a este Consejo a efectos de la emisión del preceptivo dictamen.

Estas actuaciones avalan, a juicio de este Consejo, acudir, al menos inicialmente, para resolver la cuestión planteada a los principios generales del Derecho que, como tiene declarado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sección 6ª), en sentencia de 16 de mayo de 1990, “son esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios “informen” las normas –art. 1º.4 del Título Preliminar del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho –art. 103.1 de la Constitución-. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, ha añadido al apartado 1 del artículo 3 de la LRJ-PAC –principios generales- un párrafo segundo en el que señala que las Administraciones Públicas deberán respetar en sus actuaciones los

principios de buena fe y de confianza legítima”, principios que, como recoge en su exposición de motivos, son derivados del de seguridad jurídica. El primero “aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil”. El otro, “bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente”.

En este mismo sentido, el artículo 8 de la LFACFN establece, dentro de su título II “derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Foral”, que ésta protegerá en todo momento la buena fe y la confianza legítima que los ciudadanos hayan depositado en la misma y en el comportamiento normal y ordinario que hasta entonces haya seguido”, si bien añade que “en todo caso, la aplicación de este principio no podrá conducir a resultados contrarios al ordenamiento jurídico”.

Del análisis de las anteriores disposiciones legales y del examen del expediente administrativo resulta incuestionable, a juicio de este Consejo, que la no cotización por parte del reclamante al Montepío de funcionarios de la Diputación Foral de Navarra, durante el tiempo que estuvo prestando servicios en la Comunidad Económica Europea, fue motivada, única y exclusivamente, por las actuaciones de la Administración derivadas del informe emitido por el Director de Personal y por el hecho de que durante los aproximadamente 17 años que permaneció en situación de servicios especiales nunca se le manifestase nada en contrario. La más benévola interpretación del principio de confianza legítima no eximiría a la Administración de la Comunidad Foral de las responsabilidades derivadas de tales actuaciones, a lo que no cabría oponerse tampoco, válidamente, el hecho de que la opinión de la Dirección de Personal, por no ser vinculante, no tenga que ser seguida, ni tampoco porque la aplicación del citado principio “podría conducir a resultados contrarios al ordenamiento jurídico”, porque: a) resulta innegable que el informe emitido por el Director de Personal generó en el reclamante la confianza de que en el supuesto de que

optara por el reingreso al servicio activo en la ... –como así ha sucedido- tendría derecho a que se le reconociera, a todos los efectos, el tiempo servido en la Comunidad Económica Europea, sin tener que realizar aportación alguna al Montepío, sin que esta situación pudiera ser modificada caprichosamente; y, b) porque la propia Administración, cambiando el criterio manifestado en 1988, mantiene ahora que el sistema de derechos pasivos antiguo (Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios de la Diputación) “no exime de cotización a los funcionarios en situación de servicios especiales”, por lo que “se ha de concluir que la cotización al sistema por parte de los interesados constituye una obligación exigible a los mismos”, razón por la que las cotizaciones que efectuase el reclamante en ningún caso “conducirían a resultados contrarios al ordenamiento jurídico”.

Sentado lo anterior, resta analizar si se cumple en este caso el requisito de la efectividad del daño cuya reparación se reclama.

Don ... en su escrito de iniciación de la reclamación de la que traen causa estas actuaciones solicita “se dicte Orden Foral” por la que se le reconozca el derecho a hacer efectivas las cotizaciones al Montepío de funcionarios correspondientes a todo el tiempo que estuvo en situación de servicios especiales y, desde ese reconocimiento, se tenga por efectuada la opción por el nuevo sistema de derechos pasivos y, subsidiariamente, de rechazarse la petición anterior, el derecho a ser indemnizado en determinadas cantidades. Con posterioridad se ha publicado la Ley 1/2008, de 24 de enero, que autoriza al Gobierno de Navarra para que proceda al establecimiento de un nuevo plazo de opción sobre derechos pasivos a favor de aquellos funcionarios que, encontrándose en servicios activos o en situación asimilada a la de alta, optaron en su día por continuar en el sistema anterior al previsto en la Ley Foral 10/2003.

En el nuevo y extenso escrito de alegaciones, presentado por el reclamante con posterioridad a la propuesta de Orden Foral por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, se recogen entre otros muchos extremos el que transcrito literalmente, en lo que interesa, dice así: “olvida la propuesta de resolución que con posterioridad a la

reclamación de responsabilidad formulada, se ha aprobado la Ley Foral 1/2008, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 2008, cuya Disposición Adicional Segunda ordena a la Administración Foral la apertura de un nuevo plazo de opción sobre uno u otro sistema de derechos pasivos para aquellos funcionarios en los que concurren los requisitos de estar en activo y cuenten con periodos de cotización a la Seguridad Social, como acontece en el caso del suscribiente”.

Es decir que, como mantiene el propio reclamante, una vez aprobado el Proyecto de Decreto Foral, dictado en desarrollo de la Ley Foral 1/2008 (ha sido remitido ya para su informe por este Consejo de Navarra), podrá optar por la aplicación del nuevo sistema de derechos pasivos previsto en la Ley Foral 10/2003. Esta circunstancia unida al hecho de que el reclamante sigue siendo en la actualidad funcionario en activo de la ... obliga a concluir que en este momento no puede ser atendida la reclamación patrimonial formulada porque el daño es indemnizable únicamente cuando se ha producido de una forma real y efectiva. En este sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 6ª), en sentencia de 30 de octubre de 2007, señala que “es ciertamente jurisprudencia reiteradísima la que proclama la plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados, como también lo es que el daño susceptible de indemnización ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, sin que pueda fundarse en meras expectativas o conjeturas, lo que exige su necesaria acreditación”.

La jubilación del reclamante es todavía una expectativa porque está pendiente para su perfeccionamiento de determinados eventos, entre los que cabría incluir la decisión del propio interesado de instar su jubilación.

El perjuicio en que basa el reclamante su pretensión indemnizatoria nace –repetimos- del no reconocimiento del derecho –que invoca- a hacer efectivas las cotizaciones correspondientes al período de tiempo en el que permaneció en situación de servicios especiales y, como consecuencia de ello, de no poder optar por el nuevo sistema de derechos pasivos.

En relación con tal pretensión han de hacerse las siguientes precisiones: 1ª) este reconocimiento no ha sido solicitado por el recurrente, adecuadamente, con anterioridad y, por consiguiente, la Administración tampoco se lo ha denegado; y, 2ª la propia Administración, a través de la disposición adicional segunda de la Ley Foral 1/2008, le va a permitir instar el repetido reconocimiento a través de una motivada solicitud. Este procedimiento es en la actualidad, a juicio de este Consejo, el adecuado, entre otras razones, porque el previsto para las reclamaciones patrimoniales en los iniciados de oficio, como ocurre en el presente caso, exige especificar el momento en que la lesión efectivamente se produjo (artículo 6.1 del RPPRP), lo que en este supuesto no podría cumplimentarse, por la definitiva razón de que la pretensión indemnizatoria no tiene su origen en una lesión causada ya por la Administración sino en la que en el futuro (en el momento en que le fuera reconocida la pensión) podría producirse. Tampoco podrían aceptarse en este momento ninguna de las “cuantías” que, como indemnización, pide subsidiariamente el reclamante, porque la cuantía de la indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo. En este sentido se pronuncia, como no podía ser de otra manera, la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 6ª) en reciente sentencia de 15 de febrero de 2008. La efectividad de una hipotética lesión al reclamante derivada de su jubilación tendría lugar, cabalmente, a través del acto por el que se le reconociese su pensión. Por tanto, al tiempo de emitir el presente dictamen, falta la existencia de un perjuicio indemnizable que, como también tiene declarado la misma Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 2008, ha de ser real y efectivo. La misma sentencia, por remisión a otra del mismo Tribunal de 11 de noviembre de 1993, recoge que “para que el daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas”.

En definitiva, a juicio de este Consejo, no se cumple en el caso analizado el requisito de efectividad del daño cuya reparación se solicita.

III. CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don ... en solicitud de indemnización de daños y perjuicios derivados de diferencias en la determinación de derechos pasivos debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.