

Dictamen Núm. 278/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2021, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de noviembre de 2021 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños morales asociados a lo que considera un abuso en el empleo temporal contrario al Derecho de la Unión Europea.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 23 de abril de 2021 un abogado, en nombre y representación de la interesada -funcionaria interina del Cuerpo Auxiliar Administrativo del Principado de Asturias, con destino actual en la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial, donde viene prestando servicios desde el año 2009-, presenta en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que solicita “la aplicación plena del Acuerdo Marco (...), celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de

2019, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”, a su representada. Interesa, en concreto, que “sin carácter limitativo se declare el derecho (...) y se proceda (...) al nombramiento” de la misma “como funcionaria de carrera al servicio de la Administración empleadora con destino en el cuerpo al que está adscrita y en el mismo cuerpo, especialidad, servicio, centro u órgano en que está destinada, y titular en propiedad de la plaza que ocupa (...). Subsidiariamente, en caso de imposibilidad de nombrarle funcionaria de carrera, se proceda por la Administración empleadora a su nombramiento como personal público fijo equiparable a los funcionarios de carrera (...), bajo los principios de permanencia e inamovilidad (...); y en todo caso, o alternativamente, que se proceda por la Administración empleadora” a reconocerle “el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña, como titular y propietaria del mismo, aplicándole las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en dicho puesto de trabajo que la Ley establece para los homónimos funcionarios de carrera comparables (...), y en todo caso se le abone (...) la indemnización de 18.000 €, y/o la que legalmente proceda, como compensación al abuso sufrido en la relación temporal sucesiva mantenida”.

Tras indicar que su representada “viene desempeñando en régimen de temporalidad simulada, abusiva y fraudulenta, sus servicios como funcionaria interina de esa Administración empleadora en puestos vacantes de forma constante (...) durante casi 12 años continuados, a plena satisfacción de esa Administración empleadora, acreditando en estos años mérito, capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas que le han sido encomendadas”, afirma que “bajo el ropaje formal de una supuesta temporalidad para atender necesidades puntuales, provisionales, transitorias o excepcionales, la Administración empleadora -con abuso- ha venido y viene utilizando a los funcionarios temporales/interinos para cubrir necesidades ordinarias de personal, de carácter permanente y estructural, utilizándolos para privarles de los derechos que son propios del personal fijo de carrera, entre ellos, de un mínimo de estabilidad en el empleo, incumpliendo y vulnerando la

propia norma nacional que dice aplicar, y la Directiva Comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”. Señala que, “como puede comprobarse de la mera lectura del expediente personal de mi mandante, ni en los nombramientos iniciales, ni en las renovaciones posteriores, se consigna cláusula alguna que explique o justifique las razones excepcionales, urgentes, transitorias, coyunturales o provisionales que motivan su contratación o renovación, ni se acompaña ninguna valoración o estudio sobre el carácter temporal de los servicios cubiertos por mi mandante, sino que se emplean redacciones genéricas, transcripciones de la propia Ley, que en modo alguno justifican la utilización de una temporalidad que calificamos como abusiva y fraudulenta”.

Denuncia lo que califica de “déficit estructural de personal fijo en la Administración empleadora” frente a la que reclama, ya que -según sostiene- “el número de funcionarios y laborales temporales en el actual centro de destino de mi mandante es de 20 y el número de funcionarios o laborales fijos o de carrera es de 13, lo que significa que la temporalidad es del 60 %”, y atribuye este “déficit estructural” a la “conveniencia” de la propia “Administración empleadora, que no tiene interés en cubrir los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios temporales/interinos para poder seguir abusando de los mismos, como lo demuestra el hecho de que desde el año 2000, o apenas se convocan procesos selectivos para el ingreso como funcionarios de carrera o, directamente, no se convocan./ Y prueba de ello es que, salvo error u omisión (...), desde el año 2009 en que accedió mi mandante para el ingreso como personal fijo en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos se han celebrado solo dos procesos selectivos en 2016 y 2017./ Y todo ello aunque el art. 10.4 del EBEP (anterior Ley 4/2007) obliga a que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos se incluyan en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en el que se produzca el nombramiento y, si no fuera posible, en el siguiente”.

En los “fundamentos jurídicos” se argumenta la “imperativa transformación de la relación temporal sucesiva en una relación funcional fija, con la misma estabilidad que los funcionarios de carrera comparables”, razonándose que “solo mediante la transformación de la relación temporal en una relación fija idéntica o equivalente a la de los funcionarios de carrera, sujetándola a las mismas causas y a los mismos requisitos para el cese en el puesto de trabajo, se garantizan los objetivos y el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE”.

En cuanto a “la indemnización de los daños y perjuicios causados”, afirma que “la Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018, sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada (...), en su apartado 19 (...), destaca que la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida para un trabajador que ha sufrido un abuso en relación con contratos de duración determinada, en infracción de la Directiva 1999/70/CE, no exime a un Estado miembro de la obligación de sancionar dicho abuso, incluyendo, además, la posibilidad de que el trabajador afectado obtenga la reparación de los perjuicios sufridos en el pasado”, y que “con arreglo a lo establecido en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 (de) octubre (...), el abuso en la precariedad en el empleo, la zozobra e inseguridad que toda inestabilidad en el trabajo genera en la vida personal, familiar y social; la coacción y el amedrentamiento por parte del empleador que toda inestabilidad en el empleo conlleva, en cuanto los empleados públicos interinos están siempre amenazados con un despido ahora libre y gratuito; y la ilegal forma de proceder de la Administración, por lo que el abuso tiene de prevalencia del superior sobre el inferior sancionado por los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, determina la responsabilidad patrimonial pública y la consecuente” obligación de “indemnizar los daños causados, en concreto los daños morales producidos”.

Reseña que, “en tal sentido, señala el TJUE en la Sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II, que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento

del Derecho Comunitario (...). Como es bien sabido, las específicas características diferenciales del daño moral explican la dificultad que supone asignar un valor económico a la angustia emocional o sufrimiento psíquico en que consiste (...). Precisamente por ello, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962 se viene declarando que la indemnización por daño moral debe ser determinada con arreglo a la equidad, sin necesidad de práctica de prueba, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto./ Por otra parte, es (...) cierto que el concepto de daño moral ha venido sufriendo una evolución en la jurisprudencia hacia concepciones más amplias (...), incluyendo (...) `el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual´ (...) `impotencia, zozobra, ansiedad o angustia´ (...). En este caso, es evidente que se han producido daños morales derivados de la ilegal y abusiva forma de proceder de la Administración empleadora, que supuestamente nombra a mi mandante para atender necesidades urgentes, excepcionales y provisionales y que, sin embargo, le destina en un régimen de precariedad abusivo a atender necesidades duraderas, estables y permanentes para privarle de los derechos de los que disfruta el personal público fijo genera impotencia, ansiedad, inquietud, temor, incertidumbre e impacto emocional que debe ser indemnizado, pues como bien reconoce el Parlamento Europeo en su Resolución de 31 de mayo de 2018, la inseguridad en el trabajo genera inseguridad en la vida personal y familiar. Asimismo, para obtener reparación se obliga al afectado a acudir a largos y costosos procedimientos judiciales que deben sufragar personalmente, lo que supone un alto desgaste emocional y económico./ Prudentemente, en este caso, manteniendo un criterio de responsabilidad del que ha carecido la Administración empleadora (...), se fija una indemnización por daños morales, aplicando criterios jurisprudenciales en casos análogos, en 18.000 €".

Como medios de prueba, interesa la documental, consistente en que se incorporen al expediente "los antecedentes profesionales-laborales" de la reclamante, y más en concreto "los certificados de los servicios prestados, el de funciones desarrolladas, junto con el expediente profesional (nombramientos, contratos, informes internos, memorias, etc.)"; que se certifique si la reclamante

ha venido desempeñando "puestos de trabajo vacantes adscritos a la Administración empleadora, en sus respectivos centros de destino", y que ha "desarrollado y viene desarrollando los mismos cometidos, tareas y funciones, y con las mismas obligaciones y responsabilidades que sus homónimos funcionarios de carrera comparables"; que se aporte la "memoria o documento que justificó la necesidad perentoria, transitoria, excepcional o coyuntural que dio lugar" a su contratación temporal, y que se certifique si accedió a "sus plazas a través de procesos selectivos en los que se valoraron sus méritos académicos y profesionales, y que se celebraron con pleno respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y libre concurrencia". Asimismo, solicita que se certifique "el número de funcionarios fijos o de carrera (sean personal funcionario o personal laboral) y el número de funcionarios temporales/interinos/eventuales (sean personal funcionario o personal laboral, incluidos los indefinidos no fijos) que prestaban servicios en la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial (...) a 31 de diciembre de 2018 y 2019, con indicación del personal temporal al servicio (de) esa Administración empleadora con más de 3 años, con más 5 años, con más de 10 años, con más de 15 años y con más de 20 años de servicio". Interesa además que se certifique "el número de funcionarios fijos o de carrera y el número de funcionarios temporales/interinos de la Administración empleadora que a 31 de diciembre de 2018 y 2019 desempeñan sus funciones:/ en la Dirección de Transporte y Movilidad./ Como Auxiliares Administrativos en la Dirección de Transporte y Movilidad, con indicación de los funcionarios temporales/interinos con más de 3 años, con más 5 años, con más de 10 años, con más de 15 años y con más de 20 años de servicio". Igualmente, solicita certificación del "número de funcionarios fijos o de carrera y el número de funcionarios temporales (sean funcionarios interinos, laborales temporales o indefinidos no fijos) de la Administración empleadora que a 31 de diciembre de 2018 y 2019 desempeñan sus funciones:/ en el Cuerpo (...) Auxiliar Administrativo, con indicación de los funcionarios temporales (...) con más de 3 años, con más 5 años, con más de 10 años, con más de 15 años y con más de 20 años de servicio", y certificación del "número de procesos selectivos por

oposición convocados desde el año 2000 al 2020 para el ingreso como funcionario de carrera en el Cuerpo (...) Auxiliar Administrativo". Por último, requiere "certificación comprensiva de los siguientes extremos (...): Si el personal interino de esa Administración empleadora en general, y mi mandante en particular, tiene derecho a la consolidación de grado y consolidan su grado personal (...). Si el personal interino de esa Administración (...) tiene derecho a la carrera profesional y a la movilidad horizontal y vertical; esto es, a participar en los concursos de traslado y en la promoción profesional y a los ascensos (...). Si los funcionarios interinos de esa Administración (...) tienen derecho a la misma protección social que los funcionarios de carrera comparables, y si tienen derecho a todo tipo de excedencias o al reconocimiento de la situación de servicios especiales como los funcionarios de carrera".

Finalmente, aporta para su incorporación al expediente tres dictámenes periciales.

2. Mediante oficio de 4 de mayo de 2021, el Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático comunica al representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Obra incorporado al expediente un "informe técnico" sobre la reclamación formulada que suscriben los días 18 y 28 de junio de 2021, respectivamente, una Asesora Técnica y la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático.

En él se recoge como antecedente que la reclamante es "funcionaria interina del Cuerpo de Auxiliares (...), prestaba servicios con carácter temporal en la Administración del Principado de Asturias en virtud de nombramiento de fecha (...) 5 de noviembre de 2014 y efectos del mismo día. Se trata de un nombramiento de interinidad a vacante en el puesto de trabajo de carácter no

singularizado denominado `auxiliar administrativo/a` (...). Previamente había prestado servicios en esta Administración en virtud de un nombramiento como funcionaria interina del mismo cuerpo en el mismo puesto de trabajo en adscripción provisional a puesto reservado de funcionario de carrera desde el 3 de junio de 2009 hasta que, perdida la reserva por el titular del puesto, se procede al cambio de nombramiento a vacante". Se reseña que el "4 de mayo de 2021 el Consejero de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático (...) dicta resolución por la que se acuerda su cese como funcionaria interina del Cuerpo de Auxiliares, adscrita a la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial, como consecuencia de la provisión del puesto de trabajo que venía desempeñando por funcionario de carrera, refiriendo los efectos del mencionado cese a la fecha de publicación en el BOPA de la resolución de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático de 26 de abril de 2021, por la que se aprueba la segunda adjudicación parcial del concurso para la provisión de puestos de trabajo no singularizados en la Administración del Principado de Asturias, sus organismos autónomos y entes públicos. La mencionada resolución se publicó el día 10 de mayo de 2021 en el BOPA (...), siendo, por lo tanto, esa la fecha de efectos de su cese".

Respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial con la que se cierran las diferentes solicitudes formuladas por el representante de la interesada en el escrito presentado el 23 de abril de 2021, se rechaza cualquier posibilidad de anudar causalmente los daños morales cuya indemnización se postula con un abusivo proceder de la Administración, razonando al efecto que "lo que ha sucedido es que la reclamante ha desempeñado servicios durante todo el tiempo en el que razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia han persistido (...). Es funcionaria interina por no haber superado un proceso selectivo para el acceso al empleo público, de ahí que sus relaciones temporales se rijan por las resoluciones vigentes en cada caso que establecen normas para la adscripción de personal no permanente, perteneciendo a las bolsas de personal temporal del Cuerpo de Auxiliares por lo que, persistiendo las causas de urgencia a que se refiere el artículo 10 del TREBEP, se ha producido

su llamamiento a lo largo de todos estos años./ En el presente supuesto no estamos en presencia de una serie de nombramientos abusivos o irregulares de funcionarios interinos, tal calificación no ha sido adoptada por un órgano jurisdiccional ni tampoco puede ser así considerada cuando se han llevado a cabo “procesos de selección que no han sido superados por la reclamante”. Así, “desde que (...) ha iniciado la prestación de servicios en esta Administración se han ofertado las siguientes plazas del Cuerpo de Auxiliares:/ Año 2009. Acuerdo de 22 de abril de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009 de la Administración del Principado de Asturias (...) (BOPA 24-IV-2009), incluye 33 plazas del Cuerpo de Auxiliares./ La ejecución de la oferta se realizó mediante Resoluciones de 26 de octubre de 2009 de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos (...) (BOPA 11-11-2009)./ Los procesos selectivos finalizaron mediante sendas Resoluciones de 23 de enero de 2012 de la Consejería de Hacienda y Sector Público (BOPA 2-2-2012)./ Año 2016. Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de julio de 2016, por el que se aprueba la ampliación de la oferta de empleo público para el año 2016 de la Administración del Principado de Asturias (...) (BOPA de 22-07-2016), incluye un total de 44 plazas del Cuerpo de Auxiliares./ Año 2017. Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017 de la Administración del Principado de Asturias (...) (BOPA de 18-12-2017), incluye 78 plazas, dentro” de las cuales se encuentran “11 plazas de la tasa de estabilización y 7 correspondientes a personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial./ La ejecución de las ofertas de estos dos años se está llevando a cabo mediante la convocatoria” por “Resolución de 23 de julio de 2018 (...) (BOPA 26-VII-2018) (...), teniendo por objeto la provisión de 117 plazas correspondientes a 41 plazas de la oferta de empleo público de 2016 y 76 plazas de la oferta de empleo público de 2017, quedando pendientes de convocatoria las del turno de discapacidad intelectual. En este último proceso selectivo figura (la reclamante) en el listado de personas no aprobadas en el primer ejercicio que han obtenido puntuación positiva, lo que le permite estar incluida en la lista de personal

temporal y ser llamada para próximos nombramientos temporales./ Habiendo finalizado el proceso selectivo está pendiente la oferta de elección de destino a los aspirantes que han aprobado este, una vez resuelto el concurso previo de traslados finalizado mediante Resolución de 26 de abril de 2021, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se aprueba la segunda adjudicación parcial del concurso (...) (BOPA 10-5-2021). Habiendo sido elegido por funcionario de carrera el puesto vacante que la reclamante desempeñaba se ha producido el cese de su relación temporal con esta Administración./ Año 2018. Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de diciembre de 2018, por el que se aprueba la ampliación de la oferta de empleo público para el año 2018 de la Administración del Principado de Asturias (...) (BOPA de 20-XII-2018), la Administración incluye un total de 160 plazas del Cuerpo de Auxiliares, correspondiendo 130 de ellas a la estabilización, agotándose la tasa adicional de estabilización existente para ese cuerpo de las tres anualidades posibles. Pendiente de convocatoria./ Año 2019. Acuerdo de 27 de diciembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019 de la Administración del Principado de Asturias (...) (BOPA de 30-XII-2019), incluye un total de 30 plazas del Cuerpo de Auxiliares de la Administración del Principado de Asturias. Pendiente convocatoria”.

Se niega que los daños morales cuya indemnización persigue la reclamante cumplan con las imprescindibles notas de antijuridicidad y efectividad en los términos de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, toda vez que al constituir la temporalidad en la relación de empleo a la que se anudan los daños morales “una situación que voluntariamente ha sido aceptada” por la ahora reclamante, esa misma temporalidad, así voluntariamente asumida, no puede suponer para la misma “ninguna incertidumbre ni impacto emocional en tanto que es concedora de que al no ostentar la condición de funcionaria de carrera se encuentra vinculada a la Administración del Principado de Asturias mediante una

relación temporal y, por tanto, dicha relación era susceptible de ser finalizada por las causas previstas en el artículo 10 del TREBEP”.

Se concluye que “no ha quedado probada la efectiva lesión producida ni el daño antijurídico sino que, contrariamente a lo expuesto en la reclamación, la prestación de servicios con carácter temporal para esta Administración se debe precisamente a la aplicación del régimen jurídico del personal temporal, en tanto que mientras se encuentre en el sistema de listas y bolsas será llamada para la cobertura de las necesidades urgentes en los términos de la normativa que regula el acceso al personal temporal (...). Por tanto, no existiendo una lesión evaluable económicamente y dado que ha quedado probado que la Administración ha llevado a cabo la convocatoria de al menos un proceso selectivo que la reclamante no ha superado, y pendientes más procesos selectivos a los que podrá presentarse con más méritos que aquellos opositores que no hayan prestado servicios en la Administración, no podemos admitir la reclamación presentada, ya que dicha situación ha originado que se mantenga durante todos estos años su vinculación temporal con la Administración del Principado de Asturias mediante la formulación voluntaria y consentida de dichas relaciones temporales, que difícilmente pueden entrañar responsabilidad patrimonial./ Visto lo expuesto, no hay daño en el patrimonio” de la reclamante, “sino que en cierta manera se ha beneficiado de su vinculación temporal con esta Administración dado que, sin superar ningún proceso selectivo, ha venido percibiendo sus retribuciones en términos similares a los funcionarios de carrera”.

Con estos antecedentes, se propone “la desestimación íntegra de la reclamación objeto del procedimiento”.

4. El día 6 de julio de 2021, el Consejero de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático dicta Resolución por la que se acuerda “desestimar íntegramente la solicitud de (la reclamante) de reconocimiento de la condición de funcionaria de carrera, o subsidiariamente como empleada pública fija equiparable a los funcionarios de carrera o alternativamente se reconozca su

derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeña como titular o propietaria del mismo”.

En ella se señala, “en cuanto a su solicitud de abono de una indemnización de 18.000 euros por daños morales aplicando los criterios jurisprudenciales por casos análogos (...), que la tramitación de dicho procedimiento de responsabilidad patrimonial se realizará por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático competente en el mismo”.

Interpuesto por la interesada recurso de reposición frente a esta resolución, es desestimado por Resolución del Consejero de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático 3 de septiembre de 2021.

5. Con fecha 14 de julio de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático acuerda la “apertura de práctica de prueba”.

6. Mediante Decreto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 15 de julio de 2021, se acuerda “admitir la demanda interpuesta por la representación procesal de (la reclamante) contra Consejería de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático sobre personal”.

7. El día 28 de julio de 2021, un Técnico Especialista en Selección del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada” incorpora al expediente un informe en el que se relacionan un total de trece procesos selectivos convocados desde el año 2000 hasta el año 2020 para el ingreso como funcionario de carrera en el Cuerpo de Auxiliares de la Administración del Principado de Asturias. Señala, además, que la aquí reclamante “se ha inscrito en cuatro de los trece procesos selectivos referidos”.

8. Figura en el expediente remitido diversa documentación acreditativa de los diferentes nombramientos de la reclamante como funcionaria interina del Cuerpo

de Auxiliares de la Administración del Principado de Asturias en los siguientes periodos: del 3 de junio al 9 de noviembre de 2009, del 10 de noviembre de 2009 al 13 de diciembre de 2010, del 14 de diciembre de 2010 al 4 de noviembre de 2014 y del 5 de noviembre de 2014 al 10 de mayo de 2021.

9. Con fecha 22 de julio de 2021, la Jefa del Servicio de Administración de Personal certifica que “la interesada forma parte de la bolsa de trabajo del Cuerpo de Auxiliares (...) elaborada tras la finalización del proceso convocado por Resolución de 29 de mayo de 2007, de la Viceconsejería de Presupuestos y Administración Pública, por la que se convocan pruebas selectivas para la elaboración de una lista de empleo a efectos de selección de funcionariado interino del Cuerpo Auxiliar (BOPA de 4 de mayo) (...). De conformidad con la base sexta de dicha convocatoria, el proceso consistió de una sola prueba, mediante la `resolución escrita de un cuestionario de preguntas, cada una con cuatro respuestas alternativas y solo una correcta, sobre las tareas propias de un/una auxiliar administrativo/a´./ La prueba fue evaluada por el sistema de puntos, entre 0 y 10, requiriéndose para aprobar obtener la mitad de la puntuación máxima posible, quedando excluidos del proceso selectivo quienes no alcanzaran dicho mínimo”.

10. Mediante oficios notificados a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración los días 10 y 15 de septiembre de 2021, respectivamente, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático les comunica la apertura del trámite de audiencia, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este la comparecencia en dicho trámite ni de la reclamante ni de la compañía aseguradora de la Administración.

11. Con fecha 20 de octubre de 2021, la Coordinadora de Apoyo Jurídico de la Consejería de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático,

asumiendo los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento y con cita del Dictamen Núm. 136/2021 de este Consejo en un caso que guarda similitud con el presente, elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación “por razón de la inexistencia de un daño real, efectivo y antijurídico, y consecuentemente por la falta de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños reclamados”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de noviembre de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la actual Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Se advierte que el procedimiento de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen se inicia tras la presentación de un escrito en el que la reclamante interesa que “se dé pleno cumplimiento al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (...), lo que necesariamente debe conllevar el reconocimiento de los derechos que se instan”.

Estos son, “sin carácter limitativo”, el nombramiento de la interesada “como funcionaria de carrera” o subsidiariamente “como personal público fijo equiparable”, y en todo caso reconocerle “el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña” y a que se le abone “la indemnización de 18.000 € y/o la que legalmente proceda (...) para reparar el daño sufrido derivado de la situación que viene padeciendo de abuso en su contratación temporal sucesiva”.

Ante este planteamiento nos encontramos con que, tal como se constata en el informe técnico emitido por el servicio afectado, las solicitudes ajenas a la resarcitoria han dado lugar a un procedimiento ya resuelto en vía administrativa por “la Resolución de 6 de julio de 2021” del Consejero de Administración Autónoma, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se acuerda “desestimar íntegramente la solicitud de (la reclamante) de reconocimiento de la condición de funcionaria de carrera, o subsidiariamente como empleada pública fija equiparable a los funcionarios de carrera o alternativamente se reconozca su derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeña como titular o propietaria del mismo”, obedeciendo dicha desestimación a la aplicación de los principios de acceso al empleo público recogidos en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto 15/2015, de 30 de octubre, y a la interpretación jurisprudencial -ciertamente contradictoria- referida a la aplicación de la Directiva 1999/70/C; en definitiva, en aplicación del régimen jurídico aplicable a los empleados públicos de carácter temporal, que en ningún caso ampara el reconocimiento de lo solicitado por la reclamante. Esto es, se han desestimado unas pretensiones dirigidas a obtener la estabilización de su situación laboral poniendo fin a la temporalidad de la relación de servicios de la que deriva la interesada el daño resarcible, desechando aquella resolución el denunciado abuso o fraude y no solo la consecuencia que se le pretende anular.

En este contexto, el Consejo Consultivo circunscribe su dictamen preceptivo a la pretensión indemnizatoria -que es propiamente la única que ha de encauzarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial-; advertido, no obstante, el vínculo entre la pretensión resarcitoria y las otras

acumuladas en el escrito inicial, en cuanto que se articulan simultáneamente como “sanción” de un mismo abuso en la temporalidad.

No se incluye en el presente dictamen, por ser ajeno a las competencias de este Consejo, posicionamiento alguno respecto a la solicitud de la interesada ya resuelta en vía administrativa, pendiente de pronunciamiento jurisdiccional, tendente a obtener el reconocimiento de una determinada situación de estabilidad en su relación de empleo con la Administración del Principado de Asturias.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 148/2015) que para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es preciso establecer si nos encontramos ante un daño permanente o un daño continuado. Al respecto, se definen los daños permanentes como aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el

tiempo el resultado lesivo, de modo que producido el acto causante del daño este queda determinado y puede ser evaluado de forma definitiva, y los continuados como aquellos otros que se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad, de forma que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial en este último supuesto no empieza a correr hasta que no cesen los efectos lesivos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños permanentes o de efectos permanentes, en los que el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce o manifiesta el hecho dañoso.

Pues bien, en el asunto examinado consta que la interesada mantenía al momento de presentación de la reclamación -23 de abril de 2021- una relación de empleo temporal con la Administración del Principado de Asturias desde el año 2009, produciéndose su último nombramiento como funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares de la plantilla de funcionarios del Principado de Asturias el 5 de noviembre de 2014, y solicita ser indemnizada por los daños morales que asocia a un "abuso en la temporalidad" que vulnera la normativa europea.

Dado que en el momento de presentarse la reclamación aún persistía la situación de temporalidad, debe admitirse que se acciona en plazo. Ahora bien, el resarcimiento del daño moral por el que se reclama no puede articularse como una "sanción" -en sentido estricto y propio- a la prolongación fraudulenta del vínculo temporal con un mismo "empleador", que continuaba al momento de formulación de la pretensión indemnizatoria y que, por tanto, solo podría existir a la fecha de su cese definitivo, acaecido finalmente el 10 de mayo de 2021, que es cuando podrían determinarse o cuantificarse sus consecuencias. El daño moral se invoca aquí como una compensación de los daños personales padecidos a resultas de una concreta situación de interinidad prolongada en el tiempo que, a juicio de la reclamante, resulta contraria al Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, las medidas "disuasorias" que reclama la normativa de la Unión Europea para evitar el abuso de la interinidad en el empleo, que no se articulan

como derechos subjetivos, pueden ser de distinta índole, pero en ningún caso alteran las notas características del instituto de la responsabilidad patrimonial ni el cómputo de la prescripción. Esto es, aunque el perjuicio invocado presente perfiles de “daño continuado”, al reclamarse por un daño moral asociado a esa prolongada situación de interinidad procedería referirse al momento en el que la continuidad de la relación laboral podría percibirse subjetivamente como “abuso” por la empleada, con las notas que caracterizan a este padecimiento vinculadas a la zozobra o angustia, lo que excluye del cómputo de la prescripción, cuando menos, los primeros estadios del desempeño y conduce a fijar el *dies a quo* en una fecha sensiblemente distante de la que se postula, pues se entiende generalmente que las pretensiones deducidas del abuso pueden plantearse cuando el empleador mantiene al perjudicado más de tres años bajo una relación temporal (plazo previsto en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de la oferta de empleo público).

Por otro lado, debe observarse también que cuando transcurre ese plazo y la perjudicada prescinde de accionar por los supuestos daños morales mientras continúa desempeñando sus servicios en idénticas condiciones no cabe inferir que esté reservándose la reclamación de daños para un escenario posterior, pues voluntariamente opta por beneficiarse de la permanencia en el empleo en lugar de reaccionar contra la situación o promover la regular cobertura del puesto que ocupa, lo que pondría término al menoscabo moral que invoca. Es decir, no cabe admitir que una interina que viene ocupando una plaza adscrita al Cuerpo de Auxiliares de la plantilla de la Administración del Principado de Asturias desde el año 2009, y que desde la fecha de su último nombramiento como tal ha sido objeto de una convocatoria pública de ingreso en el año 2018, alegue en el año 2021 percibir y sufrir como abuso o atropello el mismo estatus del que nunca dedujo consecuencias dañosas en anteriores años, en los cuales la idea de abuso estaría más justificada que en el momento actual; máxime habiendo tenido la posibilidad de presentarse hasta en más de una decena de procesos de selección de cuyo fracaso no puede resultar la Administración causalmente imputable. De ahí que la invocada “zozobra” y “angustia” que se

anuda al padecimiento moral por el que se reclama deba estimarse prescrita en lo relativo a escenarios notoriamente pretéritos susceptibles de percibirse como “abusivos” con igual o mayor fundamento que el presente, pues nada justifica entonces que la reclamación se hubiere postergado más de un año. En suma, si bien se estima que la reclamación se formula en plazo -en tanto que al momento de su presentación subsistía la relación interina de servicio-, la dimensión temporal del perjuicio moral que se invoca debe ponderarse conforme a lo expuesto.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este Consejo -artículo 81.2 *in fine* de la misma norma-, constituyen el tiempo reglamentariamente fijado para la resolución del procedimiento. Aunque la resolución no podrá acordarse en plazo, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime

procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la

lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen la interesada -que al momento de su presentación mantenía una relación de empleo temporal con la Administración del Principado de Asturias iniciada en el año 2009 y cuyo último nombramiento como “funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares de la plantilla de funcionarios del Principado de Asturias” se produjo el 5 de noviembre de 2014- solicita ser indemnizada por los daños morales que entiende se le han causado como consecuencia de lo que califica de “abuso en la temporalidad” a lo largo de todo este periodo.

En relación con la eventual responsabilidad patrimonial, entre otras consecuencias jurídicas, derivada del abuso -desde la perspectiva de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999- por parte de una Administración pública a través de sucesivas relaciones de empleo de carácter temporal con una misma persona se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de septiembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:3250 y ECLI:ES:TS:2018:3251-, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª. En ellas la cuestión relativa a “si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento”, lleva al Tribunal Supremo a declarar que el afectado “por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho la realidad de tales daños y/o perjuicios (...). Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar

ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas `equivalencias´ al momento del cese o inexistentes en aquel tipo de relación de empleo con otras situaciones laborales o de empleo público”.

A la luz de estos pronunciamientos se advierte, en primer término, la idoneidad del cauce de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de estos daños, sin perjuicio de su vinculación -tal como reseñamos en la consideración primera- con la constatación del abuso o fraude, presupuesto de la reclamación y objeto de un procedimiento distinto en vía administrativa que se asocia además a una falta de transposición o indebida aplicación de la normativa europea.

Pues bien, de la jurisprudencia citada se deduce que el daño resarcible es el efectivamente derivado del fraude que se invoca, debiendo acreditarse su realidad y su alcance sin servirse de automatismos, analogías o “equivalencias” con relaciones de empleo diferenciadas -y dotadas de sus específicos regímenes de acceso-.

Al respecto, como es común en materia de responsabilidad patrimonial, el primero de los requisitos que ha de satisfacer la pretensión deducida es el de la efectividad del daño reclamado, que aquí es de índole moral. Sobre este extremo ha de puntualizarse la afirmación de la interesada sobre el resarcimiento de los daños morales “sin necesidad de práctica de prueba, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto”. Con relación a esta tipología de daños venimos reiterando (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como también pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”. En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que el daño “debe estar acreditado, pues la

indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles”, y ha de ser “real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1211-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), y descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad también ha reconocido que su apreciación puede en ocasiones inferirse sin necesidad de una específica prueba cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Ahora bien, descendiendo al concreto supuesto del recurso abusivo a nombramientos temporales en el empleo público, el Alto Tribunal ha exigido que se acredite “la realidad” de los perjuicios que se invoquen, los cuales “deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa” (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:3250 y ECLI:ES:TS:2018:3251-, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el supuesto planteado, el daño moral por el que se reclama es el asociado a una persistencia fraudulenta en la temporalidad del empleo, invocándose “impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (...), impotencia, zozobra, ansiedad o angustia”. Sin embargo, no se aportan pruebas ciertas de tal padecimiento moral, sino que este pretende deducirse sin más de la propia situación de interinidad, a modo de presunción, lo que nos aboca al examen de los hechos que le sirven de base, pues solo cuando de esos elementos fácticos se infiera con naturalidad un perjuicio moral singularizado que reúna las notas que viene exigiendo la jurisprudencia -daño real, cierto y determinado, sin que sean estimables los perjuicios hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa- y que guarde con aquellos “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” cabría estimar acreditado el daño.

Ha de estarse, en suma, al singular contexto del empleo público, pues no consta evidencia alguna de que la situación de interinidad provocara en la reclamante una específica y singular angustia o zozobra. En el marco de referencia -el empleo público, dotado de reglas conocidas de acceso estable que se ordenan por los principios de mérito y capacidad compatible con vinculaciones laborales de carácter temporal por diversas circunstancias, y en el que la jurisprudencia antecitada no contempla la prueba del daño por presunciones-, debe repararse en que no se objetiva aquí que la reclamante haya sufrido discriminación o agravio del que pueda deducirse un daño moral; antes bien, se constata que asume voluntariamente las diferentes relaciones de empleo de carácter temporal que le han unido a la Administración del Principado de Asturias desde el año 2009 hasta su último nombramiento como funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares, acordado el 5 de noviembre de 2014, a lo que se une que en ningún momento con anterioridad al presente la reclamante ha postulado la regular cobertura de los puestos desempeñados a fin de poner término a su situación de temporalidad. De hecho, lo que cabe inferir es que es consciente de una circunstancia ventajosa -la continuidad en el empleo sin ostentar la condición de funcionario de carrera y sin haber tenido que superar un proceso selectivo- ante la cual desatiende toda pretensión dirigida a que las plazas vacantes a las que pudiera optar se convoquen. Y tampoco cabe ignorar, ante un daño moral que se esgrime como asociado a un "abuso", que no es hasta fechas recientes cuando la interina reacciona ante ese posible fraude y sus consecuencias, lo que contraría la genérica invocación de menoscabos morales que se extienden a etapas lejanas en las que la tacha de ilicitud no estaba presente ni, por tanto, podía sufrir o evidenciar una zozobra o angustia singular. En definitiva, no habiéndose acreditado específicos padecimientos no cabe deducir un daño moral resarcible del hecho de la permanencia en situación de temporalidad en el empleo público, salvo que la persona afectada hubiera sufrido una particular postergación de sus expectativas por demoras arbitrarias en la convocatoria de plazas de su especialidad, lo que aquí no se aprecia.

El daño moral reclamado no se asocia al mero hecho de la precariedad laboral, sino a la presunción genérica de que “la inseguridad en el trabajo genera inseguridad en la vida personal y familiar”, presunción de padecimiento que a su vez se fundamenta en un conjunto de circunstancias que pivotan sobre la práctica abusiva de la Administración al recurrir a empleados temporales para necesidades “estructurales”, y la supuesta discriminación de estos frente a los funcionarios de carrera. Al respecto, se observa que el invocado abuso coexistiría en este caso con una estabilidad en el empleo muy prolongada que inhibe o modula la percepción de “inseguridad” ante la cual no reacciona hasta ahora, que la cobertura irregular de necesidades estructurales extrañamente puede esgrimirse por quien se beneficia de una vacante incluida en procesos selectivos a los que concurrir y que la permanencia de los funcionarios de carrera no es una discriminación arbitraria que permita sustentar un menoscabo moral sino el resultado de procesos selectivos abiertos que aquí no se cuestionan.

En cualquier caso, de admitirse un daño moral por la situación de temporalidad en el empleo público es claro que ese perjuicio no puede imputarse causalmente a la Administración -salvo que mediara una actuación u omisión ilícita y reconocida o manifiesta-, sino a la propia interesada.

Por otro lado, en tanto que el daño aquí invocado trata de asimilarse a una “sanción” asociada al incumplimiento de la normativa de la Unión Europea, debemos subrayar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al pronunciarse sobre el posible abuso de la temporalidad del personal público en nuestro país (Sentencia de 19 de marzo de 2020 -ECLI:EU:C:2020:219-, Sala Segunda, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) ha señalado, partiendo de la premisa de que la cláusula 5 del Acuerdo Marco “no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional”, que “incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos

empleados públicos en `indefinidos no fijos` y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición”.

Ciertamente, aunque no procede invocar el efecto directo del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que su clausulado se opone a la normativa nacional que permita la celebración de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público cuando no concurren razones objetivas que justifiquen la sucesión de contratos y tales contratos se celebran para atender necesidades permanentes y duraderas y no temporales (Sentencia de 19 de marzo de 2020 -ECLI:EU:C:2020:219-), así como a aquella “que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a `trabajadores indefinidos no fijos` como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores” (Sentencia de 3 de junio de 2021 -ECLI:EU:C:2021:439-). En aplicación de esta jurisprudencia europea el Tribunal Supremo ha admitido la consideración como fraudulenta de “una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno solo durante un periodo inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones” (Sentencia de 28 de junio de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:2454-, Sala de lo Social). Sin embargo, las consecuencias

derivadas de la utilización abusiva de la contratación temporal no están determinadas por la normativa europea y la única exigencia impuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que se adopten medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, sin que ello obste a que la respuesta al abuso “corra suertes diferentes en función del sector” afectado (Sentencia de 21 de noviembre de 2018 -ECLI:EU:C:2018:936-, Sala Sexta, asunto C-619/17). En este sentido, la mencionada Sentencia de 19 de marzo de 2020 -asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18- aboca al juez nacional a plantearse la procedencia de reconocer la condición de “indefinidos no fijos” y de fijar “una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente” -claro está, para el supuesto de cese-, pero no impone como “sanción” al abuso el resarcimiento de daños morales -ni advierte de la insuficiencia de la medida consistente en transmutar el vínculo en indefinido-. En su lugar, deriva al ordenamiento interno la determinación de las respuestas “efectivas y disuasorias” frente al abuso en la contratación temporal. Entre ellas, nuestro ordenamiento jurídico ha articulado varias medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (así, las previstas en el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reducción de la Temporalidad en el Empleo Público), tales como la adquisición de la condición de trabajadores indefinidos o la indemnización por cese -cuando se deduzcan por equiparación a situaciones comparables-, pero no prevé una proyección extensiva y genérica del régimen de responsabilidad patrimonial ni admite que este se desvirtúe para abarcar en su seno supuestos distintos al resarcimiento de los daños efectivos, antijurídicos e individualizados sufridos en la persona o el patrimonio del perjudicado. Esto es, tal como razonamos en el Dictamen Núm. 136/2021, no ampara una compensación de daños por referencia a parámetros distintos a su efectivo padecimiento, asimilada a la pretendida “sanción” disuasoria o el “pleno cumplimiento” de una norma europea de la que, además, no se deduce directamente un derecho subjetivo pleno para los interinos ni una concreta obligación para la Administración. Aunque se estimara que el estatus de

los interinos es equiparable al de los funcionarios de carrera no procedería la extensión analógica de una indemnización por "sanción", ya que los empleados fijos solo tienen derecho a ser resarcidos por los daños que efectivamente padezcan.

Tal como se deduce de los pronunciamientos del Tribunal Supremo anteriormente reseñados, si bien cabe solicitar por este cauce de responsabilidad la indemnización de los daños derivados del presunto abuso en la temporalidad, el reconocimiento de ese abuso no comporta necesariamente un resarcimiento de daños morales, que queda reservado para los supuestos en los que aquellos reúnan las exigencias comunes; esto es, en los que se acredite su efectividad, causalidad y antijuridicidad. Al respecto, basta reparar en que la compensación económica por la vulneración de un derecho no opera de forma automática, y hasta se discute en nuestra doctrina cuando lo que se infringe es un derecho fundamental amparado en la Carta Magna -de ahí que el legislador lo consagre para supuestos como la discriminación de género-. En el caso aquí examinado no se advierte la infracción de ningún derecho susceptible de amparo constitucional, sino que el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad sí podría verse comprometido de atenderse a las pretensiones de la reclamante.

En definitiva, no puede admitirse el resarcimiento de "daños punitivos", tal como ha concluido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4523- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), a cuyo tenor el deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora "como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco no viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco (...); aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas", pues "la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados (...). Ni que decir tiene, en fin, que cuanto se acaba de razonar no significa que quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva no pueda, por las

vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido. Así se dijo en nuestras Sentencias de 26 de septiembre de 2018 y así lo reiteramos ahora. Y también reiteramos, aunque ello no sea relevante en el presente caso, que quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Estas -no otras- son las consecuencias actualmente contempladas en el ordenamiento español para la utilización abusiva de figuras de empleo público de duración determinada (...). Por lo demás, todo el razonamiento hasta aquí desarrollado es de *lege lata*. Nada impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada. Esto es, por cierto, lo que hace pro futuro el reciente Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reducción de la Temporalidad en el Empleo. Y no deja de ser significativo que a este respecto use la expresión ‘compensación económica’ en vez de ‘indemnización’, dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Desestimada la reclamación por cuanto antecede, debe igualmente repararse en que el eventual daño derivado de la situación denunciada no reviste además la necesaria nota de antijuridicidad, que solo se predica, en virtud de lo establecido en el artículo 34.1 de la LRJSP, de aquellos perjuicios que el particular “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

En efecto, en el supuesto planteado la interesada aduce una “ilegal forma de proceder de la Administración” que “determina la responsabilidad patrimonial pública”, anudándose los daños al invocado fraude o abuso en la temporalidad. Ese vínculo entre el menoscabo sufrido y el referido abuso viene exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en las reiteradas Sentencias de 26 de septiembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:3250 y ECLI:ES:TS:2018:3251-) al

señalar que las consecuencias lesivas han de ligarse al perjuicio, “de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa”.

Pues bien, debe repararse en que se invoca aquí una actuación ilícita de la Administración -que no cabe presumir- cuando el supuesto abuso no ha sido objeto de reconocimiento por parte de autoridad administrativa o judicial alguna. Al contrario, consta que la pretensión de la interesada dirigida al establecimiento de otras consecuencias del invocado fraude -con relación a obtener la fijeza de su vínculo laboral con la Administración frente a la que reclama- ha sido rechazada en vía administrativa y se dirime ahora en sede judicial, donde una eventual sentencia que apreciara el abuso en la temporalidad se extendería a la fijación de la medida sancionadora o, en su caso, a las consecuencias indemnizatorias pertinentes. De confirmarse por los Tribunales que no medió práctica abusiva, no cabría estimar la pretensión resarcitoria acumulada. Entre tanto, subsiste la presunción de validez y eficacia de la resolución administrativa impugnada, a la que hemos de reconocer virtualidad como antecedente lógico de una pretensión fundada en la misma realidad enjuiciada en aquel procedimiento en el que se rechazó la pretensión principal de permanencia o asimilación a los empleados fijos o de carrera. Ciertamente una reclamación de responsabilidad patrimonial puede fundamentarse en una situación de orden fáctico distinta al abuso en la temporalidad deducido de la normativa de la Unión Europea, pero es precisamente ese fraude caracterizado el que aquí se articula en causa y presupuesto de la pretensión. En tanto no se declare la situación abusiva en la contratación deben desecharse sus consecuencias, incluidas las resarcitorias del daño moral, pues no puede apreciarse ni presumirse la antijuridicidad del daño invocado cuya realidad y alcance, además, como señalamos en la consideración anterior, tampoco se acredita.

Invoca también la reclamante un “fraude de ley”, en cuanto que la Administración recurre a la interinidad para “cubrir necesidades ordinarias de personal de carácter permanente y estructural” con el resultado de que quien las desempeña está privado “de los derechos que son propios de los del personal fijo de carrera”. Sin embargo, la doctrina del fraude de ley presupone que la

“norma de cobertura” haya sido dictada con una finalidad distinta a aquella para la que se aplica, observándose que en este caso no se cuestiona la recta aplicación de los reglamentos sobre bolsas y listas de empleo. De esa normativa sobre el acceso al empleo público temporal deriva, sin desviación, que los puestos de carácter permanente pueden encontrarse servidos por interinos por distintas causas -entre ellas, la de no haber sido objeto de cobertura pese a su convocatoria-, por lo que la consecuencia deducida no merece considerarse un fraude de ley.

A idéntica conclusión -ausencia de daño efectivo y de antijuridicidad- llegaríamos de entenderse que la interesada cuestiona el ajuste al Derecho de la Unión Europea de la normativa autonómica sobre provisión temporal de puestos. En efecto, el artículo 32 de la LRJSP ampara el resarcimiento de lesiones “consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea”, debiendo observarse que esa indemnización presupone, entre otros requerimientos, que concurra una norma europea que confiera derechos a los particulares, una violación “suficientemente caracterizada” del derecho europeo, la efectividad del daño y la previa declaración del desajuste de la norma aplicada; elementos que aquí no concurren.

En definitiva, no procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada porque no se estima acreditada la efectividad del daño moral reclamado ni vulnerado un concreto derecho reconocido por el ordenamiento de la Unión Europea -desde la perspectiva de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada-; observándose que el eventual carácter abusivo de los vínculos temporales que aquí se invocan -y cuya acreditación no consta mediando una resolución administrativa válida y eficaz que lo rechaza- no abocaría a un resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial, pues este cauce no ampara la compensación de “daños punitivos” sino de aquellos que se revelen efectivos y antijurídicos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,