

Dictamen Núm. 91/2022

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de abril de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de noviembre de 2021 -registrada de entrada el día 17 de febrero de 2022-, 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 7 de julio 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 Industria, Empleo y Promoción Económica, donde presta servicios desde el año 2016-, presenta en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que expone que “viene desempeñando en régimen de temporalidad simulada, abusiva y fraudulenta sus servicios” como funcionaria interina “en puestos vacantes de forma constante (...) durante 5 años continuados, a plena satisfacción de esa Administración empleadora (...), 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”.

Por ello, solicita a la Administración que se abstenga “de adoptar por acción u omisión ninguna medida que pueda suponer una discriminación de mi mandante en cualquier condición de trabajo respecto de sus homónimos fijos o de carrera (...); de incluir las plazas o puestos de trabajo ocupados y desempeñados por mi mandante en ningún tipo de proceso selectivo o concurso de traslado (...); de realizar cualquier actuación que pueda dar lugar a cualquier discriminación, o al cese o remoción de mi mandante en su puesto de trabajo o a la extinción de su relación de empleo, excluyendo de cualquier oferta o de cualquier concurso -y retirando- los puestos de trabajo desempeñados por mi mandante, en cuanto puestos discutidos afectados por el presente procedimiento, cuya titularidad (...) reclama”.

Asimismo, solicita una indemnización “por daños morales” de dieciocho mil euros (18.000 €).

2. Mediante oficio de 13 de julio 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.

El 21 de julio de 2021, ese Servicio pone en su conocimiento que dispone de un plazo de 10 días para aportar cuantas alegaciones, documentos o información estime conveniente a su derecho y proponga las pruebas que estime pertinentes para el reconocimiento del mismo.

3. Obra incorporado al expediente un “informe técnico” sobre la reclamación formulada que suscriben los días 2 de agosto y 9 de septiembre 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 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 conocedora 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 es 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 (...) 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 (...), no hay daño en el patrimonio” de la misma, “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 3 de septiembre de 2021, el Consejero de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático dicta Resolución por la que se acuerda

“desestimar íntegramente la solicitud de (...) reconocimiento de la condición de funcionaria de carrera o, subsidiariamente, como empleada pública fija equiparable a los funcionarios de carrera, o alternatively 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 Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático competente en el mismo”.

5. Mediante escrito de 13 de septiembre de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático acuerda la apertura de un periodo de prueba por un plazo de 30 días, con indicación de las que son admitidas.

6. El día 22 de septiembre de 2021, el Jefe de la Sección de Personal Temporal señala que “la interesada es integrante de la Bolsa de Trabajo del Cuerpo de Auxiliares (CP 2007)”, y que “para establecer el orden de los candidatos se realizó una única prueba que consistía en 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”.

7. Con fecha 24 de septiembre de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica informa que la interesada “realizaba las mismas funciones que su compañera funcionaria de carrera”.

Se adjunta informe a la solicitud de nombramiento de funcionario interino, de 30 de mayo de 2016.

8. Con fecha 4 de octubre de 2021, la Secretaria General del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada”, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Selección, incorpora al expediente un informe en el que se relacionan un total de doce 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.

9. Mediante oficios notificados a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración los días 19 y 25 de octubre de 2021, respectivamente, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, 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 que se hayan formulado alegaciones.

10. Mediante Decreto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 4 de noviembre de 2021, se acuerda “admitir la demanda interpuesta por la representación procesal de (la reclamante) contra Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica sobre Resolución de 3 de septiembre de 2021”.

11. Figura en el expediente remitido la documentación acreditativa del nombramiento de la reclamante como funcionaria interina del Cuerpo de Auxiliares de la Administración del Principado de Asturias mediante Resolución de 13 de junio de 2016, con efectos desde el día 14 de junio, y su cese acordado el 20 de julio de 2021, refiriéndose los efectos al día de la publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de la Resolución de 6 de julio de 2021, por la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de Auxiliares.

12. Con fecha 17 de noviembre de 2021, la Coordinadora de Apoyo Jurídico de la Consejería de Administración Autonómica, 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”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 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 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 3 de septiembre de 2021” del Consejero de Administración Autonómica, 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 alternatively 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 Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y a la interpretación jurisprudencial -ciertamente contradictoria- referida a la aplicación de la Directiva 1999/70/C; en definitiva, considerando que conforme al régimen jurídico aplicable a los empleados públicos de carácter temporal procede la desestimación de 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 -7 de julio de 2021- una relación de empleo temporal con la Administración del Principado de Asturias desde el año 2016, produciéndose su nombramiento como funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares de la plantilla de funcionarios del Principado de Asturias el 13 de junio de 2016, 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 (la Resolución por la que se dispone su cese se dicta el 20 de julio de 2021, pese a que sus efectos se retrotraigan al día de la publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de la Resolución de fecha 6 de julio de 2021, por la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de Auxiliares), debe admitirse que se acciona en plazo. Ahora bien, el daño moral se invoca aquí como una “sanción” por la prolongación fraudulenta del vínculo temporal con un mismo “empleador”, a modo de compensación de los daños personales padecidos a resultas de una concreta situación de interinidad dilatada 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 2016, 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, se advierte que la Administración no ha remitido los anejos a la reclamación aportados por la interesada, por lo que se recuerda a esa autoridad consultante la necesidad de acompañar a la petición de consulta “toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada”, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.1 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. Ahora bien, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Por último, 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 2016 como “funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares de la plantilla de funcionarios del Principado de Asturias”- 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 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”.

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 un “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, consentida y evitable por la propia reclamante de haber participado en los distintos procesos selectivos, le provocara 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 interesada haya sufrido discriminación o agravio del que pueda deducirse un daño moral; antes bien, se constata que acepta y asume voluntariamente su relación de empleo de carácter temporal que le ha unido a la Administración del Principado de Asturias desde su nombramiento en el año 2016 como funcionaria interina, con cargo a vacante, del Cuerpo de Auxiliares, acordado el 13 de junio, con efectos de 14 de junio de 2016, 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. Por otra parte, 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, consentida y evitable, 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 ciertamente 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 la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, 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 nuestro ordenamiento 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 los Dictámenes Núm. 136/2021 y 278/2021, 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” la reciente Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reducción de la Temporalidad en el Empleo Público. 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.

Por último, 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 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 del vínculo temporal que aquí se

invoca -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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.