

Dictamen Núm. 253/2022

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 27 de octubre 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 14 de junio de 2022 -registrada de entrada el día 17 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 1 de diciembre de 2021 un abogado, en nombre y representación de cinco funcionarias interinas de la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial del Principado de Asturias, presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que expone que vienen desempeñando “en régimen de temporalidad simulada, abusiva y fraudulenta sus servicios” como funcionarias interinas “en puestos vacantes de forma constante (...) durante más de 15, 12, 6 y 4 años, a plena satisfacción de esa Administración empleadora (...),

incumpliendo y vulnerando la propia norma nacional (...) 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, al abusar de la contratación temporal sucesiva”.

Por ello solicita, “sin carácter limitativo”, el nombramiento de sus representadas “como funcionarias de carrera” o subsidiariamente “como personal público fijo equiparable”, y en todo caso que se les reconozca “el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan”, así como el abono a cada una de ellas de una indemnización de dieciocho mil euros (18.000 €) para “reparar el daño sufrido derivado de la situación que vienen padeciendo de abuso en su contratación temporal sucesiva y de discriminación en sus condiciones de trabajo”.

Propone la práctica de prueba documental, a cuyo efecto adjunta varios informes periciales y solicita la incorporación al expediente, entre otros documentos, de los nombramientos y ceses de las interesadas, la documentación justificativa de la necesidad perentoria que justificó su nombramiento temporal, la información sobre las listas o bolsas en que se encontraban incluidas y las certificaciones de funciones correspondientes a los puestos ocupados y de los procesos selectivos convocados desde el año 2000.

Adjunta un poder notarial, varias resoluciones judiciales y tres informes periciales sobre las soluciones a adoptar para sancionar la relación temporal abusiva de los funcionarios interinos.

2. Mediante oficio de 3 de diciembre de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático insta a quien presenta la reclamación a que aporte acreditación de la representación correspondiente a una de las interesadas, al no estar incluida en el poder remitido con la solicitud, con la advertencia de que de no aportarlo en el plazo de diez días de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “podrá producirse la paralización del

procedimiento por causa imputable a la interesada, con los efectos legalmente previstos”.

3. Con fecha 9 de diciembre de 2021, el representante atiende el requerimiento de subsanación formulado y presenta en el Registro Electrónico un poder notarial para pleitos otorgado por la interesada en su favor.

4. Mediante oficio de 14 de diciembre de 2021, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático comunica al representante de las interesadas 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.

5. Obra incorporado al expediente un informe sobre la reclamación formulada que suscriben los días 3 y 14 de febrero 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 nombramientos en cuestión puedan ser tachados de “abusivos o irregulares”, pues “tal calificación no ha sido adoptada por un órgano jurisdiccional ni tampoco puede ser así considerada”, ya que “se han llevado (a cabo) procesos de selección que no han sido superados por las reclamantes”, y estas “han desempeñado sus servicios durante todo el tiempo en el que razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia han persistido”. Significan las autoras del informe que, puesto que “las relaciones mantenidas entre las reclamantes y la Administración del Principado de Asturias han sido temporales, ello no supone ninguna incertidumbre ni impacto emocional en tanto que son conecedoras de que al no ostentar la condición de funcionarias de carrera se encuentran vinculadas 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 encuentren en el sistema de listas y bolsas serán llamadas 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 las reclamantes no han superado, y están pendientes más procesos selectivos a los que podrán presentarse con más méritos que aquellos opositores que no hayan prestado servicios en la Administración (...), no hay daño en el patrimonio de las reclamantes, sino que, en cierta manera, se han beneficiado de su vinculación temporal con esta Administración dado que, sin superar ningún proceso selectivo, han 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”.

6. Mediante escrito de 18 de febrero de 2022, la Jefa del Servicio instructor comunica a las interesadas la apertura de un periodo de prueba por un plazo de 30 días y que procede admitir todas las propuestas salvo las correspondientes a los “certificados relativos a datos globales de la situación del personal interino/temporal/eventual en esta Administración” y a “consultas de carácter genérico sobre la situación del personal interino a efectos de movilidad, consolidación de grado, protección social o derechos”, por no estar relacionados con la cuestión objeto de debate en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Respecto de las periciales propuestas, se admiten con la cautela de que se incorporen en un formato que contenga “un sistema de firma admitido por cualquiera de las Administraciones Públicas de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y no en el formato del anejo aportado con la reclamación”.

7. Obran en el expediente a continuación los siguientes documentos: a) Informes de la Jefa del Servicio de Administración de Personal de la Consejería instructora, fechados el 1 de marzo de 2022, en los que se indica la lista de empleo, bolsa u oferta genérica tramitada ante la Oficina de Empleo de procedencia respecto de cada una de las reclamantes, a los que se adjuntan las resoluciones de nombramiento respectivas. b) Certificaciones emitidas el 22 de marzo de 2022 por la Secretaria General del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada”, en las que se detallan las convocatorias de los cuerpos a los que corresponden los puestos desempeñados por las reclamantes desde el año 2000 al 2020, así como las convocatorias a las que concurren y los ejercicios superados, en su caso. c) Informes del Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora de 25 de abril de 2022, en los que se indican cuáles son las funciones propias de los puestos ocupados por las interesadas.

8. Los días 5 y 10 de mayo de 2022, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora comunica al representante de las interesadas y a la compañía aseguradora de la Administración la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este que se hayan formulado alegaciones.

9. Figura en el expediente a continuación la documentación relativa a la sustanciación en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de las demandas presentadas por cuatro

de las cinco interesadas contra la “desestimación de solicitud de reconocimiento de la condición de funcionarios de carrera o subsidiariamente personal público fijo, o alternativamente se reconozca su derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeñan como titulares o propietarios de estos”.

10. Con fecha 8 de junio de 2022 la Coordinadora de Apoyo Jurídico de la Consejería instructora, a la vista de la documentación incorporada al expediente y asumiendo los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento, 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 por “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”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de junio de 2022, 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 las reclamantes interesan 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 las interesadas “como funcionarios de carrera” o subsidiariamente “como personal público fijo equiparable”, y en todo caso reconocerles “el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan” y a que se les abone a cada una “la indemnización de 18.000 € y/o la que legalmente proceda (...) para reparar el daño sufrido derivado de la situación que vienen padeciendo de abuso en su contratación temporal sucesiva”.

Ante este planteamiento nos encontramos con que, tal como se ha reflejado en los antecedentes, las solicitudes ajenas a la resarcitoria se ventilan en la actualidad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

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 las perjudicadas, actualmente *sub iudice*, 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), están

las interesadas activamente legitimadas 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.

En el asunto examinado consta que las interesadas mantienen una relación de empleo temporal con el Principado de Asturias como funcionarias interinas desde hace varios años. Dado que en el momento de presentarse la reclamación -1 de diciembre de 2021- aún persiste esta situación de temporalidad, debe admitirse que se acciona en plazo.

Ahora bien, el daño 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 las reclamantes, 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 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 las empleadas, 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 las perjudicadas prescinden de accionar por los supuestos daños mientras continúan desempeñando sus servicios en idénticas condiciones no cabe inferir que estén reservándose la reclamación de daños para un escenario posterior, pues voluntariamente optan por beneficiarse de la permanencia en el empleo en

lugar de reaccionar contra la situación, participar en los procesos selectivos convocados o promover la regular cobertura de los puestos que ocupan, lo que pondría término al menoscabo que invocan. En particular, no cabe admitir que habiendo estado vinculadas las reclamantes al Principado de Asturias con nombramientos temporales durante más de 4 años -en tres de los casos- y durante más de 6 y 15 años -en los restantes- aleguen ahora percibir y sufrir como abuso o atropello el mismo estatus del que nunca dedujeron consecuencias dañosas en anteriores años, en los cuales la idea de abuso estaría más justificada que en el momento actual. De ahí que la invocada “zozobra” y “angustia” que se anuda al padecimiento moral por el que se reclama debe 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 subsiste la relación interina de servicio-, la dimensión temporal del perjuicio 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 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.

Asimismo, 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 las interesadas -que al momento de su presentación mantenían una relación de empleo temporal con la Administración del Principado de Asturias iniciada hace más de 15, 6 y 4 años como funcionarias interinas de la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial- solicitan ser indemnizadas por los daños morales que entienden se les han causado como consecuencia de lo que califican 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 sería 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 las interesadas sobre el resarcimiento de los daños morales “sin necesidad de práctica de prueba, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto”. Sin embargo, 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), toda vez que “el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño” (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:482-, 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 al respecto en el escrito con el que se da inicio al procedimiento la “impotencia, ansiedad, inquietud, temor, incertidumbre e impacto emocional” que esta situación de interinidad en la relación de servicios ha podido causar a las reclamantes. Sin embargo, no se aportan pruebas ciertas de tales padecimientos, sino que estos pretenden 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, provocara una específica y singular angustia o zozobra a las reclamantes. 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 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 las interesadas hayan sufrido discriminación o agravio del que pueda deducirse un daño moral; antes bien, se constata que aceptan y asumen voluntariamente la relación de empleo de carácter temporal que les une a la Administración del Principado de Asturias desde su nombramiento como funcionarias interinas, a lo que se añade que en ningún momento con anterioridad al presente las reclamantes han postulado la regular cobertura del puesto de trabajo desempeñado a fin de poner término a su situación de temporalidad. De hecho, lo que cabe inferir es que son conscientes de una circunstancia ventajosa -la continuidad en el empleo sin ostentar la condición de funcionarias de carrera y sin haber tenido que superar un proceso selectivo- ante la cual desatienden toda pretensión dirigida a que las plazas vacantes a las que pudieran 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 las interinas reaccionan 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, podían 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 las afectadas hubieran 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 reaccionan hasta ahora, que la cobertura irregular de necesidades estructurales extrañamente puede esgrimirse por quienes se benefician de nombramientos realizados conforme al marco legal 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 las propias interesadas.

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 estabilización de plazas ocupadas durante determinado tiempo por relaciones de carácter temporal, 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 las reclamantes.

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”. En conclusión, se reclama aquí el resarcimiento de un perjuicio moral desde una posición o contexto inidóneos para generar tal daño, sin que pueda por tanto presumirse, y tampoco se aporta prueba alguna -siquiera indiciaria- de su concurrencia, ni cabe reconocerlo como “daño punitivo” al margen de su precisa identificación y acreditación.

También invocan las reclamantes 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, por lo que la consecuencia deducida no merece considerarse un fraude de ley.

A similar conclusión desestimatoria -por ausencia de daño efectivo, amén de quebrar la antijuridicidad- llegaríamos de entenderse que las interesadas cuestionan 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 en rigor no consta- no abocaría a un resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial, pues este cauce no ampara la compensación de "daños punitivos" sino de aquellos que puedan reputarse individualizados y efectivos, lo que requeriría de pruebas ciertas ya que el contexto del que se deducen se revela inidóneo para su causación.

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.