

Dictamen Núm. 74/2023

**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 30 de marzo de 2023, 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 12 de diciembre de 2022 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de su exclusión de una bolsa de empleo temporal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 25 de abril de 2022, la interesada presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de su exclusión de una bolsa de empleo temporal en la categoría de celador/a.

Expone que trabajaba “como celadora” en un hospital público autonómico “en virtud de contrato temporal suscrito en fecha 24 de octubre de 2020” cuando el “4 de noviembre de 2020 la Administración (...) dictó resolución por la que cesó a la actora en el contrato suscrito alegando no superar el período de prueba”.

Señala que “a la fecha del cese (...) figuraba en el Registro de Demandantes de Empleo del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...), categoría celador (Bolsa de llamamientos) del Área Sanitaria IV con una puntuación de 5,844, estando (...) en posición de ser contratada en un plazo prudencial de tiempo (1 o 2 meses a lo sumo)./ Por Resolución de (...) 30 de noviembre de 2020 de la Gerencia del Área Sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias se inhabilitó” a la perjudicada “para prestar servicios en el Área Sanitaria IV”; decisión contra la que se interpuso recurso de alzada, que fue desestimado y que concluyó con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 18 de enero de 2022, por la que se declaró “la nulidad de los actos recurridos por no ser conformes con el ordenamiento jurídico”, deviniendo firme al no haber sido recurrida.

Indica que “ante la inhabilitación para prestar servicios en el Área Sanitaria IV no fue contratada a pesar de tener mejor puntuación que otras personas del Registro de Demandantes de Empleo del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...), categoría celador (...), ni en ninguna otra a pesar de haberlo solicitado en tiempo y forma en el Área V, del que también fue inhabilitada”, aunque “nada decía la resolución recurrida del citado Área”.

Manifiesta que “a consecuencia de la actuación administrativa declarada nula por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo” la trabajadora “no pudo prestar servicios en ningún Área Sanitaria, lo que le produjo la pérdida de los derechos económicos y administrativos generados por la prestación de servicios, no pudiendo actualizar los méritos de los demandantes de empleo del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...) (pérdida de los puntos) que hubiese generado de haber trabajado”.

Precisa que “a efectos de cuantificar la pérdida económica y de puntuación se solicita (...), a medio de otrosí, los llamamientos y el período de contratación de cada uno de ellos, entendiéndose que sería el de mayor duración ofertado”.

En todo caso, refiere haber sufrido “daños morales” derivados de esta situación cuya valoración cifra en doce mil euros (12.000 €).

Adjunta diversa documentación entre la que se encuentra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Oviedo de 18 de enero de 2022, en virtud de la cual se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación del recurso de alzada presentado contra la Resolución de la Gerencia del Área Sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 14 de diciembre de 2020, por la que se acuerda declarar la inhabilitación de la recurrente para prestar servicios en el Área Sanitaria IV, en la categoría de celador, y diversos informes médicos elaborados por psiquiatras y profesionales de Salud Mental.

**2.** El día 14 de junio de 2022, la Subdirectora de Profesionales de la Gerencia del Área Sanitaria IV emite informe, con el visto bueno del Gerente, sobre la reclamación presentada.

En él expone que la interesada “era, en el momento de su cese por no superación del período de prueba (el 6 de noviembre de 2020), personal estatutario eventual en la categoría de celadora en el retén de celadores del Hospital ..... (...), en virtud de un nombramiento iniciado el 24 de octubre de 2020 y que tenía prevista su finalización el 15 de enero de 2021”. Precisa que ese mismo año 2020 había desempeñado servicios en la misma categoría profesional y Área Sanitaria en otros períodos, todos ellos de corta duración.

Señala que “como consecuencia de los informes del Jefe de Personal Subalterno y Coordinación del Área de Celadores del Hospital ..... de fechas 15 de septiembre, 1 de octubre y 3 de noviembre de 2020, dirigidos a la Dirección de Gestión y Cuidados de Enfermería, la Gerencia del Área Sanitaria IV” decide el cese de la afectada, con fecha 4 de noviembre de 2020 (con efectos del día 6 de ese mes), “por no superación del período de prueba, en atención a la habilitación prevista en el artículo 33.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud”, y tal y como constaba expresamente en la resolución de nombramiento de la interesada como personal “estatutario temporal eventual”. Añade que esa Gerencia acordó “el 14 de diciembre de 2020 la inhabilitación” de la interesada

“para prestar servicios como celadora en el Área Sanitaria IV, mediante Resolución (dictada en sustitución de otra anterior, de 30 de noviembre de 2020, en el mismo sentido y que se deja sin efecto), según lo previsto en los artículos 25 y 26 del Pacto sobre contratación temporal”, y que “el 17 de noviembre de 2020” se traslada a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias el contenido de los informes emitidos por los superiores de la trabajadora, al resultar algunas de las conductas descritas susceptibles de ser consideradas como infracción disciplinaria.

Transcribe a continuación los informes en los que se basan las decisiones de inhabilitación adoptadas, en los que se consignan “descuido en el cumplimiento de sus funciones o el incumplimiento de estas; ser poco receptiva a instrucciones y explicaciones; la falta de seguimiento de las normas de funcionamiento de los servicios, también la falta de respeto a las normas de seguridad relacionadas con el COVID, etc.; y todo ello a pesar de las reiteradas indicaciones y explicaciones de sus mandos directos son cuestiones que sustentan el cese habido durante el período de prueba previsto en su nombramiento y la inhabilitación resuelta tras el procedimiento al efecto”, señalando otros comportamientos, “como la desobediencia notoria y reiterada a las órdenes e instrucciones que se le trasladan, así como la desconsideración (entre otros altercados) con compañeros”, que determinan “la propuesta de inicio del correspondiente procedimiento sancionador”.

Explica que, “a la luz de los motivos que llevan al cese por no superación del período de prueba y como consecuencia lógica del mismo, se le da traslado (el 10 de noviembre de 2020)” a la reclamante “del contenido de los informes negativos emitidos sobre su desempeño desde el Área de Celadores de la Subdirección de Recursos Humanos de Enfermería, tal y como contempla el artículo 27 del Pacto sobre contratación temporal”, sin que aquella formulara alegaciones, y que con fecha 30 de noviembre de 2020 se resuelve “como única consecuencia posible” y de acuerdo con el artículo 26.5 del Pacto sobre contratación temporal la inhabilitación para prestar servicios en el Área Sanitaria IV como celadora. Reseña que “una vez que se tiene constancia

sobrevenida de las alegaciones” presentadas por la interesada “se resuelve el 14 de diciembre de 2020”, dejando “sin efecto la resolución anterior de 30 de noviembre de 2020”, si bien esta última es recurrida por la reclamante “confundiendo la inhabilitación recurrida con el cese por no superación del período de prueba”.

Reconoce que “es posible que hayan ocurrido algunos errores (no imputables al Área Sanitaria IV) de tramitación tanto en vía administrativa como judicial como consecuencia de la confusión entre procedimientos (...) y la esfera o el ámbito de los efectos que estos tienen sobre la trabajadora”; error en la tramitación que identifica como aquel “que llevó a que se resolviera (y luego se interpusiera recurso contencioso-administrativo) un recurso de alzada sin el preceptivo informe de la Gerencia del Área correspondiente”. Así, entiende que “el fallo” contenido en la Sentencia de 18 de enero de 2022, de la que deriva la nulidad de la inhabilitación de la bolsa, “encuentra fundamento en la ambigüedad y falta de precisión de una parte de un informe que pertenece a un procedimiento distinto al que se recurre”, puesto que “de haber constado en el expediente el informe del Área al efecto acompañado de los documentos en los que se refleja lo informado desde el Área de Celadores, que se transcriben (...) y que son claros, descriptivos e incluso rotundos o contundentes en sus afirmaciones, hubiera sido más difícil que se alcanzara un fallo en el sentido citado, o al menos que estuviera este basado en la falta de motivación”. En todo caso, señala que en virtud de Resolución de 23 de marzo de 2022, de la Gerencia del Área Sanitaria IV, se declara en situación de alta en la misma a la interesada como demandante de empleo en ejecución de la sentencia, sin que a la fecha de emisión del informe haya iniciado un “nuevo nombramiento por no haber llegado las ofertas para estos hasta la puntuación que tiene en la lista de demandantes”.

Respecto a la cuantificación de los derechos económicos y administrativos solicitada por la reclamante, señala que, aun careciendo de la correspondiente demanda, la Sentencia de 18 de enero de 2022 expresamente recoge que no puede ser acogido “el *petitum* (...) en lo que hace a los derechos

económicos y administrativos desde el 4 de noviembre de 2020, pues tales derechos son consecuencia del cese de la actora, acordado por Resolución de 4 de noviembre de 2020 (...), que sin embargo no forma parte de este contencioso, siendo un acto firme y consentido”.

En sus conclusiones pone de manifiesto la necesidad de haber apelado la sentencia al existir, a su juicio, motivación suficiente para la inhabilitación, evidenciada en los informes que “concretan claramente elementos deficitarios de su desempeño”.

Adjunta copia, entre otra, de la siguiente documentación: a) Resolución de nombramiento de personal estatutario temporal eventual, de fecha 24 de octubre de 2020. b) Informes emitidos por diversos responsables del Hospital ..... en los que se constatan los problemas suscitados por la trabajadora durante la prestación de sus servicios. c) Comunicación de la Resolución de 4 de noviembre de 2020, por la que se cesa a la reclamante por no superación del período de prueba. d) Informe negativo de desempeño profesional de la trabajadora, de fecha 10 de noviembre de 2020. e) Resolución de 14 de diciembre de 2020, del Gerente del Área Sanitaria IV, por la que se declara inhabilitada a la reclamante para prestar servicios en el Área Sanitaria IV.

**3.** Con fecha 18 de julio de 2022, la Subdirectora Económica y de Profesionales de la Gerencia del Área Sanitaria IV emite informe complementario relativo a la “cuantificación de los posibles llamamientos” de la interesada durante el período comprendido entre “la fecha de su inhabilitación” y la de “ejecución de sentencia de nulidad de la inhabilitación”.

En él expresa que “debido a su puntuación, que el 14 de diciembre de 2020 era de 5,844 puntos y el 30 de abril de 2021 era de 6,228 puntos, no habría sido llamada en ninguna ocasión para ofrecerle ningún contrato, al ser su puntuación inferior a la de los demandantes de empleo que en ese tiempo” (en referencia al período en que ha estado en situación de inhabilitación) “han formalizado los nombramientos”, por lo que no procede ninguna indemnización por este concepto.

**4.** Mediante oficio de 30 de agosto de 2022, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada a la interesada "los informes de la Subdirección Económica y de Profesionales del Área Sanitaria IV emitidos en relación con la reclamación (...) para que en el plazo de diez días pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes".

**5.** El día 20 de septiembre de 2022, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que cuestiona la falta de llamamientos por coincidir con "los meses más duros después de la primera fase de la pandemia", subrayando que "sigue inhabilitada" en el Área Sanitaria V.

Modifica la cuantía indemnizatoria solicitada que -asegura- asciende a seis mil euros (6.000 €) por los conceptos correspondientes a daño moral y la contratación de un abogado.

**6.** Con fecha 24 de noviembre de 2022, la Secretaria General del Servicio de Salud del Principado de Asturias elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se razona la inexistencia de un "daño económico efectivo ya que, atendiendo a su puntuación en la bolsa, no se habrían producido llamamientos por esta Administración, y en consecuencia no ha existido una pérdida económica por retribuciones dejadas de percibir derivadas de una contratación que resulta probado que no habría tenido lugar".

En cuanto a los daños morales invocados, "en los que incluye inicialmente la situación de insolvencia (que justifica con una deuda contraída por importe de 1.147,46 euros, y la ayuda económica recibida de un familiar por importe de 4.215 euros) y la agravación de sus problemas de ansiedad", mientras que "en su escrito de alegaciones señala como daño moral el sufrido por haber sido injustamente acusada de graves faltas disciplinarias sin toda posibilidad de defensa", indica que "la reclamante, como se deriva de sus propias afirmaciones, se creó una expectativa de contratación derivada de lo

que consideraba que era una `frecuencia de llamamientos´ para trabajar” en el Servicio de Salud del Principado de Asturias “con una `previsible regularidad de ingresos´, expectativa que no se confirmó, ni lo hubiera hecho aun en ausencia de la inhabilitación de la bolsa, como ya resultó probado por el informe del Área Sanitaria, por lo que la deuda contraída y la consecuente situación de insolvencia por la falta de unos hipotéticos ingresos no puede traducirse en el objeto de la valoración como un daño moral del que sea responsable” el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Al efecto, considera necesario examinar “si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar”, y para ello analiza los informes médicos presentados por la interesada “como prueba de la agravación de sus problemas de ansiedad, motivados por las acusaciones de que fue víctima sin ofrecerle la posibilidad de responder a las mismas (aunque como consta en el expediente del Área Sanitaria, sí se puso en su conocimiento y se le dio traslado del informe negativo de desempeño profesional, respecto al cual formuló sus alegaciones)”. Concluye que “la reclamante ha trasladado a los profesionales de psiquiatría su malestar y empeoramiento de su enfermedad por una situación laboral culminada en un despido”, pero “en ningún informe reflejan los médicos que (...) manifieste que su preocupación y malestar se deba a su inhabilitación en la bolsa de demandantes de empleo en la que considera, como así lo plasma en (la) reclamación patrimonial, que es la causa de los perjuicios económicos y daños de todo tipo, incluido el moral, que reclama”.

Precisa que “el despido cuya referencia se incluye en los informes fue previo en el tiempo a la inhabilitación en la bolsa de empleo”, sin que aporte tampoco “informes médicos de seguimiento y evolución posterior de su enfermedad”, constatando los presentados, en cambio, que “tiene un trastorno diagnosticado desde hace muchos años para el cual precisa de un tratamiento constante”.

De todo ello deduce que “no cabe considerar estas manifestaciones psíquicas como una prueba con entidad suficiente de la existencia de un daño moral real, efectivo y evaluable económicamente”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de diciembre 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 del Servicio de Salud del Principado de Asturias, adjuntando a tal fin copia del mismo.

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.

**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.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada 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”, y que “En

los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

En el supuesto ahora examinado, a la hora de determinar el *dies a quo* para formular la reclamación es necesario partir de que -a tenor del escrito inicial que la promueve- los daños por los que se reclama derivan de una actuación administrativa declarada nula. Teniendo esto presente, es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 18 de enero de 2022 la que determina la nulidad de la declaración de inhabilitación de la interesada por la que ahora se reclama; dicha sentencia no fue recurrida por lo que, con independencia de la fecha de notificación de la misma a efectos de fijar el inicio del cómputo de un año según la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:3999-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), es claro que la reclamación formulada el día 25 de abril de 2022 resulta tempestiva, pues se ejercita dentro del plazo de un año legalmente establecido.

**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.

A la vista de la documentación incorporada al expediente remitido puede darse por acreditado que, en aplicación de la normativa citada, se habrían cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos que no se ha remitido a la interesada la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la LPAC, relativa a la información sobre al plazo máximo de resolución de los procedimientos y para la notificación

de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Por otra parte, es doctrina reiterada de este Consejo, en lo que atañe a la instrucción del procedimiento, que su finalidad es la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada. Por ello, al término de la instrucción deberán estar claros los hechos y las circunstancias en las que se produjo el daño que da lugar a la reclamación, así como los fundamentos con arreglo a los cuales habrá de pronunciarse la resolución. En el expediente sometido a nuestra consideración el informe emitido por el Servicio responsable (la Subdirección Económica y de Profesionales) alude a la existencia de algunos errores en la tramitación que han condicionado el fallo judicial del que trae causa la reclamación. Al respecto, advertimos la ausencia en aquel de un documento relevante, el “informe enviado por la Subdirección de Enfermería de Recursos Humanos-Área de Celadores en relación con la capacitación para el desempeño de las funciones propias de su categoría profesional” al que se refiere la comunicación efectuada a la reclamante sobre el “informe negativo de desempeño profesional de la celadora” (folio 58), y que constituye precisamente el fundamento de la Resolución de 14 de diciembre de 2020, de la Gerencia del Área Sanitaria IV, por la que se acuerda la inhabilitación, frente a la que se interpone recurso de alzada que es desestimado por Resolución del Consejero de Sanidad de 3 de junio de 2021, y que es anulada judicialmente (Resolución esta última que tampoco figura en el expediente). Tal omisión, aun siendo reprochable, no obsta para que, por razones de economía procesal y atendida la suficiencia respecto a su constancia y contenido, no consideremos necesaria la retroacción de las actuaciones para su incorporación al procedimiento, habida cuenta que la interesada tuvo conocimiento de su existencia en el momento oportuno.

Por último, observamos 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. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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.-** Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de una actuación administrativa declarada judicialmente nula; en particular, los asociados a la exclusión de la interesada de una bolsa de empleo temporal como consecuencia de su inhabilitación, situación ésta que fue objeto de anulación jurisdiccional. Así, obra en el expediente la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 18 de enero de 2022, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante frente a la desestimación del recurso de alzada formulado contra la Resolución por la que se declara su inhabilitación para prestar servicios en el Área Sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias en la categoría de Celador, declarando el pronunciamiento judicial la nulidad de aquella Resolución.

En este escenario, como cuestión preliminar procede recordar la literalidad del artículo 32.1 de la LRJSP, a cuyo tenor “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”, que resultará, en su caso, de la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

Como viene reiterando este Consejo (por todos, Dictámenes Núm. 10/2014 y 273/2019), el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto

es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos.

También ha subrayado este órgano que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

La reclamante vincula a la inhabilitación declarada nula la producción de daños de índole patrimonial y moral; perjuicios cuya concreción matiza en las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia, en las que incluye en una única cantidad (6.000 €) todos los conceptos a su juicio indemnizables y de los cuales solo desglosa, finalmente, los honorarios de un abogado "por el procedimiento tramitado", que ascienden a 1.800 €.

En primer lugar, y en relación con este último perjuicio, asumiendo que la referencia al "procedimiento tramitado" se circunscribe al único proceso judicial sustanciado, debemos recordar que no es atendible en cauce de responsabilidad patrimonial de la Administración el pretendido "reintegro de los gastos de abogado y procurador" derivados de la interposición de recursos contencioso-administrativos. El resarcimiento de los honorarios de estos profesionales, de acuerdo con la doctrina de este Consejo y teniendo en cuenta reiterada jurisprudencia al respecto, resulta con carácter general excluido, puesto que constituyen gastos procesales que tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas (por todos, Dictamen Núm. 189/2020).

En segundo lugar, y en cuanto a los daños patrimoniales y morales alegados, debe tenerse en cuenta que, como señala la propuesta de resolución, la reclamante no incluye en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia como parte del mismo ciertas cantidades que sí consideraba inicialmente integradas en este concepto, derivadas a su vez de la situación de insolvencia para afrontar un crédito (sobrevvenida a consecuencia del cese de la relación laboral) y de la petición de dinero a un familiar.

En todo caso, y por lo que se refiere al daño moral, venimos declarando (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).

Descendiendo al supuesto planteado, la reclamante aporta tres informes. El primero de ellos, de fecha 23 de noviembre de 2020, emitido por una facultativa del Servicio de Salud Mental de un hospital público refleja que la paciente recibe atención especializada desde el año 2012 por “ansiedad”, reseñándose que “refirió incremento de la clínica a raíz de dificultades laborales que finalizaron en despido”. En el segundo, de 24 de noviembre de 2020, suscrito por una psiquiatra, figura como diagnóstico “trastorno ansioso-depresivo”, con antecedentes del mismo “desde los veinte años”, consignándose que “actualmente los síntomas se han reactivado debido a la situación de despido que ha sufrido”. El tercero, emitido el 9 de diciembre de

2020 por un especialista en Psiquiatría, coincide con el diagnóstico anterior, precisando que “el trastorno mental que presenta la paciente desde hace tiempo se ha agravado en los últimos meses debido al estrés laboral percibido en relación con el trato de su superior y el despido”.

El contenido de estos informes lleva a la propuesta de resolución a descartar la existencia de daño moral, puesto que el “despido” citado en ellos es anterior a la inhabilitación, sin que exista “una gravedad novedosa o diferente” respecto a un diagnóstico también preexistente.

Ciertamente, resulta complejo discernir en qué medida ese agravamiento de una patología clara y suficientemente preestablecida es calificable como daño moral autónomo, al estar intensamente condicionado por aquel diagnóstico previo que se remonta a prácticamente una década, sin que los informes aportados permitan evidenciar con el necesario rigor la existencia de una singular zozobra causada por la situación laboral por la que ahora se acciona y susceptible de calificarse como un perjuicio cualificado. En todo caso, este análisis deviene irrelevante si consideramos que, tal y como se afirma en la propuesta de resolución, dichos informes y, por tanto, el juicio clínico que reflejan, son anteriores a la inhabilitación de la interesada, que implica su exclusión de la bolsa de empleo temporal y que es objeto de declaración judicial de nulidad. Efectivamente, la alusión en los informes a un “despido” está claramente referida a su cese, que si bien fue recurrido por la reclamante en vía administrativa no fue objeto de pronunciamiento judicial alguno.

En este sentido, la instrucción del expediente evidencia una confusión entre procedimientos o consecuencias jurídicas de unos mismos hechos (la conducta de la reclamante, suficientemente documentada en los informes incorporados, según profundizaremos a continuación) que dan lugar, en un primer momento, al cese de la misma por falta de superación del período de prueba, en aplicación de la previsión contenida en el artículo 33.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que establecía en la redacción vigente en el momento de los hechos que “El personal estatutario temporal podrá estar sujeto a un período

de prueba, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes”. Cabe reseñar que la actual redacción del artículo 33, resultado de la modificación operada por Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio, añade a aquella previsión (trasladada a su apartado 3) que “La no superación del período de prueba obedecerá a motivos razonados, y se comunicará por escrito al interesado”, y que aun no estando vigente en el momento en que se produce el cese de la afectada consta en el expediente tanto la comunicación escrita, que se le notifica, como su motivación en los informes emitidos por el Jefe de Personal Subalterno y Coordinador del Área de Celadores del Hospital ..... en diversas fechas (15 de septiembre, 1 de octubre y 3 de noviembre de 2020), dirigidos a la Dirección de Gestión y Cuidados de Enfermería y a los que se hace expresa referencia en aquella comunicación (folio 54).

Los hechos descritos en los informes originan también, en un segundo momento y dada la condición de personal temporal de la afectada, su inhabilitación, conforme al régimen establecido en el capítulo VII, “De las suspensiones y extinción de la vigencia de la demanda de empleo ante el SESPA”, del Pacto sobre contratación de personal temporal del Servicio de Salud del Principado de Asturias vigente en el momento de los hechos, cuyo artículo 25 dispone que “Los informes negativos respecto a la actuación profesional del personal nombrado, que en todo momento deberán respetar la confidencialidad necesaria, serán evaluados por la Dirección Gerencia del SESPA o Gerencia del Centro Sanitario correspondiente, pudiendo ser considerados como motivo leve, grave o muy grave” a efectos de suspensión y extinción de la relación estatutaria. Por el contrario, y dada precisamente la naturaleza temporal de la relación que vincula a la reclamante carece de continuidad la actuación disciplinaria que llega a proponerse y su conducta no despliega consecuencia alguna en ese orden.

Esta diversidad de efectos no puede proyectarse en el sentido articulado por la afectada, pues resulta imprescindible disociar aquellos que estrictamente derivan de la extinción de la relación estatutaria (cese por no superación del

período de prueba), que en puridad la reclamante no aduce como fundamento de la reclamación que aquí se examina, sin que corresponda a este Consejo suplir tal manifestación de voluntad y extender su pretensión a ese acto previo. No altera tal convicción el hecho de que con ocasión del trámite de audiencia la perjudicada sostenga que “sus problemas de ansiedad se han visto agravados considerablemente como consecuencia de las graves acusaciones de las que ha sido víctima sin ofrecerle la posibilidad de responder a las mismas”, pues dicha afirmación no se corresponde plenamente ni con lo expresado en su escrito inicial, ni con el contenido de los informes que aporta a efectos probatorios, y tampoco, en fin, con la constancia en el expediente del traslado a la afectada de la comunicación sobre el informe negativo de desempeño profesional de 10 de noviembre de 2020, suscrito por la Subdirectora Económica y de Profesionales del Área Sanitaria IV durante la tramitación del procedimiento de inhabilitación (folio 58); informe en el que además se detalla el contenido de los emitidos por los responsables competentes y que motivaron el cese, como ocurre en la previa comunicación de este.

Al respecto debe destacarse que en la propia sentencia que declara la invalidez de la inhabilitación se especifica que no puede ser acogido “el *petitum* de la demanda en lo que hace a los derechos económicos y administrativos desde el 4 de noviembre de 2020, pues tales derechos son consecuencia del cese de la actora, acordado por Resolución de 4 de noviembre de 2020 (...), que sin embargo no forma parte de este contencioso, siendo un acto firme y consentido”.

Esta última puntualización conduce precisamente a que, en tercer lugar, y en cuanto a los “derechos económicos y administrativos” lesionados que aduce la reclamante, debemos considerar solo aquellos que derivan de la inhabilitación y que, en el caso examinado, se asocian principalmente a la exclusión de la interesada de una bolsa de empleo. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar en los Dictámenes Núm. 149/2019 y 213/2022, en los supuestos de indebida exclusión o postergación en este tipo de listas cabe apreciar “no ya la lesión de una mera expectativa laboral, sino un daño efectivo

consistente en la imposibilidad de obtener y desempeñar un puesto de trabajo en alguno de los destinos ofertados a aspirantes que lo ocuparon con una menor puntuación”, y citábamos al efecto (Dictamen Núm. 279/2022) la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:187- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), razonando que “una vez que se constata que se adjudican puestos a aspirantes con menor puntuación durante el tiempo en que el interesado no figura en la bolsa con plenitud de derechos ya no estamos ante una mera expectativa no indemnizable, sino ante una alta probabilidad objetiva rayana en la certeza conforme al ‘curso normal de las cosas’”.

Pues bien, de la aplicación de este criterio al caso que nos ocupa se infiere, sin embargo, que no ha existido una lesión efectiva, puesto que el informe emitido por la Subdirectora Económica y de Profesionales es taxativo en cuanto a la inexistencia de posibilidad de contratación de la reclamante durante el período de la inhabilitación; así, en él se consigna expresamente que revisados por la Unidad de Gestión de Contrataciones del Área Sanitaria IV “todos los registros de llamadas que se efectuaron” durante ese lapso temporal, debido a la puntuación de la reclamante “no habría sido llamada en ninguna ocasión para ofrecerle ningún contrato, al ser su puntuación inferior a la de los demandantes de empleo que en ese tiempo han formalizado los nombramientos”.

Tal constatación no impide, por otra parte, advertir la dificultad de diferenciar con un mínimo rigor la invocación de ese concreto perjuicio patrimonial ya que, como hemos señalado, en las alegaciones presentadas con ocasión del trámite de audiencia la reclamante integra su resarcimiento en una cantidad global, sin cuantificación específica alguna que responda a la categoría o duración del contrato indebidamente omitido. En todo caso, frente a la contundencia del informe la interesada se limita a oponer una mera sospecha en términos exclusivamente hipotéticos, obviamente insuficiente para desvirtuar la aseveración relativa a la falta de llamamientos en ese período.

Todo ello aboca a concluir la inexistencia de un daño efectivo derivado de la inhabilitación declarada nula. Y aun aceptando su concurrencia, el análisis de la relación de causalidad conduciría al mismo resultado. En efecto, como punto de partida advertimos, en cuanto a la resarcibilidad del daño que aquí se reclama, asociado a la anulación judicial de un acto administrativo, la ausencia de un criterio uniforme en la jurisprudencia y en la doctrina consultiva. Dejando al margen aquellos supuestos en los que el propio legislador contempla un régimen singular de resarcimiento (*ad exemplum*, en el ámbito urbanístico con relación a la anulación de licencias), en el régimen común de la responsabilidad patrimonial se ha defendido en ocasiones una concepción estricta en la que los daños causados por actos ilegales se entienden indefectiblemente antijurídicos. En otras, en cambio, se considera que debe concurrir una ilegalidad cualificada, “suficientemente caracterizada”, manifiesta y grave, por utilizar la terminología europea si hiciéramos referencia a la responsabilidad patrimonial del estado legislador por infracción del derecho comunitario. Es la llamada doctrina del “margen de tolerancia” acogida por el Tribunal Supremo al declarar que, “tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño (...), que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados” (por todas, Sentencia de 27 de septiembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:3415-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Tal doctrina sigue siendo plenamente aplicable cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales, e incluso cuando no siéndolo se advierte en la norma jurídica el empleo de conceptos indeterminados respecto de los cuales es necesario reconocer un cierto margen de apreciación o interpretación razonada y razonable. En tales supuestos, ese margen de interpretación haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión

y, por tanto, faltaría uno de los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:529-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

Con mayor precisión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 -ECLI:ES:TS:2008:4042- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, ha declarado que “no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico”. Pues bien, aplicada esta teoría jurisprudencial al caso que nos ocupa las singulares circunstancias que concurren en la declaración de nulidad de la resolución por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a aquella que acuerda la inhabilitación no permiten advertir en el expediente actual la “ausencia de motivación” o “falta de racionalidad” que fue apreciada jurisdiccionalmente.

Según la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 18 de enero de 2022, la inhabilitación se basa en el informe “de 3 de noviembre de 2020, emitido por el Coordinador del Área de Celadores, que no se ha incorporado al expediente administrativo, si bien se transcribe en la comunicación de la decisión de cese del día siguiente, 4 de noviembre de 2020”; informe obrante en el folio 52 del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial remitido a este Consejo y que es a su vez posterior a los emitidos con fecha 15 de septiembre y 1 de octubre por el mismo responsable, quien advertía en el segundo de ellos su “preocupación e inquietud” por la situación, prolongada en el tiempo y “en aumento en todos sus contratos”, siendo consecuencia de los mismos el cese de la reclamante.

El informe de 14 de junio de 2022 de la Subdirectora Económica y de Profesionales, emitido con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial sometido a nuestra consideración, explica que por error el recurso

de alzada interpuesto por la reclamante frente a la inhabilitación no fue objeto de informe por el Servicio competente; trámite que hubiera permitido, a su juicio, motivar suficientemente la decisión de inhabilitación al disponer de los informes preexistentes. Si bien tal aseveración resulta hipotética, el análisis de la documentación sí lleva a compartir que “el fallo” judicial “encuentra fundamento en la ambigüedad y falta de precisión de una parte de un informe que pertenece a un procedimiento distinto al que se recurre”. Efectivamente, el contenido del informe de fecha 3 de noviembre de 2020 transcrito en la comunicación del cese, y que el juzgador tiene exclusivamente en cuenta, no coincide plenamente con el “informe enviado por la Subdirección de Enfermería de Recursos Humanos-Área de Celadores en relación con la capacitación para el desempeño de las funciones propias de su categoría profesional”, cuya transcripción en la comunicación a la reclamante del “informe negativo de desempeño profesional de la celadora” (folio 58) evidencia una mayor amplitud y sirve, precisamente, de fundamento a la Resolución de diciembre de 2020, por la que se acuerda la inhabilitación. En todo caso, es de lamentar que la evidente y reconocida confusión existente en la remisión del expediente administrativo al Juzgado se traslade al presente procedimiento, puesto que entre la documentación enviada a este Consejo no figura el aludido “informe de evaluación sobre actuación profesional -actitud personal, capacitación profesional y aptitud laboral”- citado tanto en la Resolución por la que se dispone la inhabilitación como en la comunicación cursada a la interesada; omisión que hemos reprochado pero que, según razonamos, no impide su consideración atendiendo a la constancia de su contenido.

Sentado lo anterior, vistos los tres informes obrantes en el expediente y el detalle de los mismos, suscritos por el superior de la afectada durante su desempeño profesional, no estimamos que la inhabilitación acordada carezca de motivación; vicio que fue apreciado por el juzgador ante la ausencia de documentación e información que ahora se incorporan al expediente, debiendo ponderarse que aquella decisión administrativa afectaba a una trabajadora que, aun no siendo personal sanitario, está llamada a desarrollar sus funciones en el

ámbito de dicho servicio esencial y de forma presencial. Entran así en juego, en el momento de acordarse la exclusión, una pluralidad de conceptos jurídicos indeterminados sin que pueda dejar de considerarse razonable la subsunción de la inhabilitación en la letra y finalidad de la disposición en la que se ampara (artículo 26 del Pacto sobre contratación temporal del Servicio de Salud del Principado de Asturias). Procede advertir al respecto que la Administración sanitaria ha de operar, en este ámbito sensible, bajo un criterio de cautela, sin que le sea exigible atender a esa precaución y asumir al mismo tiempo una responsabilidad por haberla atendido.

En el supuesto planteado, basta reseñar sucintamente que los informes anteriormente aludidos recogen hechos como “incumplimiento injustificado del horario de trabajo (impuntualidad reiterada) (...), incorrección con los superiores y compañeros (...) incluso verbalmente agresiva (expresiones malsonantes, insultos, gritos)”, o abandono sin previo aviso de la Unidad -informe de 15 de septiembre de 2020-; negativa a desarrollar ciertas funciones propias del puesto (ejemplificadas en manejo de camilla) pese a reiteradas explicaciones, falta de respeto a la normativa de funcionamiento del Servicio y reiteración de incumplimiento de horario y de vestuario (uniforme) -informe de 1 de octubre de 2020-, y persistencia en el tiempo de estas incidencias, así como la existencia de quejas diarias “por parte de sus compañeros, de los encargados de turno y del personal sanitario de las diferentes Unidades -entre las que se incluye la falta de respeto de las normas de seguridad e higiene de las Unidades COVID- que culmina con un episodio en el que la reclamante reacciona de forma agresiva hacia el encargado de turno -informe de 3 de noviembre-.

En definitiva, el análisis de la documentación obrante en el expediente sometido a nuestra consideración no permite, por las razones señaladas, apreciar la existencia de un daño efectivo ni antijurídico derivado de la anulación judicial de la inhabilitación de la interesada que fundamenta su exclusión de una bolsa de empleo temporal ni, aun admitiendo su producción

en algún grado, la concurrencia de nexo causal entre la actuación del servicio público implicado y ese eventual perjuicio sufrido.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, 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.