

Expediente Núm. 61/2006
Dictamen Núm. 81/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de abril de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 13 de febrero de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña, como consecuencia de enfermedad profesional que derivó en una incapacidad permanente total.

De los antecedentes que obran en el expediente, resulta:

1. Con fecha 7 de noviembre de 2003, doña presenta en el Registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito dirigido al Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), que denomina “reclamación previa sobre indemnización complementaria a cargo de la empresa por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional”, y que concluye,

por lo que denomina “responsabilidad contractual”, con una solicitud de “120.202,42 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios”.

Comienza su escrito relatando que “venía prestando sus servicios para ese Hospital con la categoría laboral de técnico de laboratorio y ello desde el día 01-01-1988” y que “mientras prestaba sus servicios (...), realizando las tareas propias de su actividad profesional sufrió varias bajas por incapacidad temporal”, describiendo a continuación ocho periodos de baja, desde el día 3 de marzo de 1997 hasta el 29 de junio de 2001, todos ellos por procesos alérgicos y asmáticos, relacionados con el látex, amén de un proceso depresivo secundario al problema respiratorio. Añade que “de forma paralela a los períodos de baja por incapacidad temporal fueron elaborados diversos informes médicos, que fueron siempre puestos en conocimiento de esa empresa”, relatándolos seguidamente y en los cuales, según la reclamante, siempre aparece la existencia de una alergia por sensibilización al látex. Señala que “como consecuencia de lo expuesto la que suscribe desde hace varios años viene formulando distintas reclamaciones a esa empresa, al comité de empresa y al Servicio de Salud Laboral, sin que por la misma se hubiera hecho el menor caso, ni se hubiera dado contestación a sus pretensiones”. Refiere después cinco (5) peticiones, fechadas entre el día 11 de febrero de 1999 y el 10 de julio de 2000, solicitando, en resumen, un cambio de puesto de trabajo, alejada del contacto con el látex. Sigue relatando que “por el Servicio de Medicina Preventiva de la Unidad de Salud Laboral se emite certificado de fecha 17-04-2000 en el que se reconoce claramente que esa empresa era concedora de los padecimientos de la que suscribe desde el 23-09-1996 y que no se tomaron ningún tipo de medidas para evitar situar a la que suscribe en grave peligro para su vida” y añade que, previa solicitud de cambio de contingencia de proceso de incapacidad temporal de fecha 30 de mayo de 2001, el Instituto Nacional de la Seguridad Social “dicta resolución de 22-02-2002 por la que (...) se declara el carácter profesional de la incapacidad temporal iniciada el 29-01-2001”.

Como consecuencia de todo ese proceso, relata la interesada que “le fue reconocida una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, mediante resolución de fecha 20-11-2001 del Instituto Nacional de la Seguridad Social” y que, “como secuelas de la enfermedad profesional sufrida han quedado las siguientes secuelas: Asma ocupacional por látex con reacción cruzada a frutas./ Dermatitis de contacto al látex (prurito e hinchazón inmediata)./ Depresión reactiva a sus episodios de asma y evidente dificultad para aceptar las limitaciones que esa alteración le produce”.

Señala a continuación que “con fecha 24-08-2001 la que suscribe formuló solicitud de recargo de prestaciones económicas por enfermedad profesional, sin que por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se hubiera dado contestación” y que “los perjuicios sufridos son muy superiores a los que se me han compensado con las prestaciones de seguridad social que percibo, pues hay que tener en cuenta que ya no puedo trabajar en la profesión a la que había dedicado mi vida activa, y que por mi edad y falta de preparación específica se hace prácticamente imposible el poder volver a tener una profesión./ Es por ello (concluye) que, con esta reclamación previa, se formula la reclamación de indemnización por responsabilidad contractual por la cantidad de 120.202,42 €”.

2. Como consecuencia de dicha solicitud, el Secretario General del SESPA, por escrito fechado y registrado el día 26 de noviembre de 2003, procede a comunicar a la interesada que “ha tenido entrada (...) reclamación previa formulada a su nombre, en materia de indemnización por daños y perjuicios (...), la Administración tiene obligación de resolver expresamente su reclamación, en el plazo máximo de un mes (...). Transcurrido dicho plazo, sin recibir notificación de la resolución expresa, podrá entender desestimada su reclamación por silencio administrativo, pudiendo interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente en el plazo que corresponda”.

3. El día 14 de marzo de 2005 (registro de entrada del día 15 del mismo mes) la interesada dirige un nuevo escrito al SESPA, solicitando que “dado el tiempo transcurrido (...) se dicte resolución en la reclamación que en materia de indemnización por daños y perjuicios fue formulada (...) ante esa entidad gestora”.

4. La Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del SESPA, mediante oficio de fecha 31 de mayo de 2005, remite a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios el escrito de fecha 14 de marzo de 2005 de la interesada, añadiendo un relato de antecedentes, donde señala que “esta señora reclamó por estos fundamentos el 21/11/2002, tramitándose el asunto como reclamación laboral, siendo desestimadas sus peticiones por Sentencia (...) del Juzgado de lo Social n.º de, de fecha 28/10/2003./ El 07/11/2003 presentó nueva reclamación, que reproducía íntegramente la primera, quedando hasta el día de la fecha, sin más trámite, en la Unidad de Reclamaciones de este Servicio de Salud./ Con esta misma fecha remitimos copia de esta reclamación a la Gerencia de Atención Especializada del Área, para iniciar el protocolo establecido para las reclamaciones patrimoniales./ Se adjunta copia de todo el expediente obrante en estas oficinas”.

Junto con el escrito, de fecha 14 de marzo de 2005, acompaña los antecedentes siguientes: la reclamación previa, de fecha 6 de noviembre de 2003 (registrada el día 7 del mismo mes), y el escrito del Secretario General del SESPA, de 26 del mismo mes (ya señalados en los antecedentes 1 y 2 de este dictamen); una copia de la Sentencia del Juzgado N.º de lo de, de 28 de octubre de 2003; una copia de lo que parece ser la minuta de contestación del SESPA en dicho proceso judicial (Autos/.....); una copia del informe remitido por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital (en adelante) a la Dirección de Personal el día 23 de junio de 2003; una copia de la reclamación previa de la misma interesada dirigida al SESPA, de 11 de noviembre de 2002 (idéntica en todo su contenido a la

fecha el 7 de noviembre de 2003), y “acuse de recibo” de la Secretaría General correspondiente a dicha reclamación.

5. Mediante escrito fechado el día 9 de junio de 2005 y notificado el 15 del mismo mes, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la interesada la incoación del oportuno expediente y la normativa aplicable en la tramitación del procedimiento, señalándole expresamente que el “expediente será tramitado en este Servicio de Inspección Sanitaria”. A su vez, y mediante escrito de 10 de junio de 2005, comunica al Inspector de Prestaciones Sanitarias que “ha sido designado para elaborar el preceptivo informe técnico de evaluación”.

6. Mediante fax remitido por el Servicio Jurídico del SESPA, se incorporan al expediente copias de las sentencias relacionadas con la reclamante, en concreto la del Juzgado de lo Social Nº de, de fecha 28 de octubre de 2003, que deniega el recargo de prestaciones solicitado, y la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de fecha 4 de marzo de 2005, recaída en el recurso de suplicación frente a la anterior, por la que se declara la “procedencia de que las prestaciones económicas de Seguridad Social que traen causa de la contingencia de enfermedad profesional que a la demandante le ha sido reconocida sean incrementadas en el porcentaje de un 30%, por concurrir en su producción falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (antes Instituto Nacional de la Salud) a hacer efectivo el abono de dicho porcentaje”, puesto que considera la Sala, una vez modificado el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, que “es innegable la relación de causalidad directa y adecuada entre ‘el trabajo desarrollado por doña y los efectos nocivos para su salud que se explicitan en los informes médicos que aporta, en particular las relativas a afectaciones dérmicas y respiratorias’ (...). Es igualmente evidente el

conocimiento empresarial de las patologías sufridas por la trabajadora que el 11 de febrero de 1999 solicita al Servicio de Medicina Preventiva del Hospital el 'cambio de actividad laboral alejado de todo contacto con el alérgeno causante de la enfermedad' (...); dicho Servicio con fecha 1 de marzo de aquel año propone 'separar del puesto de trabajo actual, y destinar a otro sin contacto con el látex (guantes)' (...). Finalmente resulta acreditada la contravención del artículo 25 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que exige al empleador garantizar de manera específica la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (...) ya que no se adoptaron las medidas descritas en tal precepto pese a la constancia de la exposición de la trabajadora a un riesgo grave e inminente", no habiéndose constituido "hasta el mes de mayo de 2001 (...) el Servicio de Prevención ni fue confeccionada evaluación de riesgos ni plan de prevención del puesto de trabajo desempeñado por la recurrente".

7. Mediante oficios de fecha 17 de junio de 2005, el Inspector de las Prestaciones Sanitarias, encargado de realizar el Informe Técnico de Evaluación del expediente, solicita al Coordinador del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital y al Secretario del Equipo de Valoración de Incapacidades, que le remitan, respectivamente, un informe sobre las medidas de seguridad e higiene adoptadas, y copia de "cuanta información relevante al caso dispongan en esa institución". El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital informa, con fecha 22 de junio de 2005, sobre las diferentes bajas laborales y los procesos de incapacidad de la reclamante y concluye destacando "cuatro circunstancias: 1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, rechazó tres veces la incapacidad permanente./ 2. El Instituto Provincial de Higiene y Seguridad en el Trabajo no consideró sus dolencias como enfermedad profesional./ 3. Desde la Unidad de Salud Laboral se propuso el cambio del puesto de trabajo y se evitó el contacto con el látex./ 4. En el tiempo de actividad laboral unos cinco años a penas tuvo exposición al riesgo

del alérgeno, pues estuvo ausente del trabajo unos 1300 días y sólo unos 100 días trabajando". Acompaña a su informe dos escritos sobre medidas preventivas, de fechas 1 de marzo de 1999 y 24 de septiembre de 1996.

A la solicitud de información realizada, responde el 4 de julio de 2005 el Subdirector Provincial de Incapacidad Permanente señalando que "no es posible su remisión sin previa autorización de la paciente, en la medida que no se encuentran integrados en la historia clínica de la misma".

8. El día 7 de julio de 2005 se elabora el Informe Técnico de Evaluación por el Inspector de Prestaciones Sanitarias. Dicho informe, después de relatar los diferentes procesos de baja laboral de la reclamante y sus causas y de definir con carácter general en qué consiste la alergia al látex y los problemas de salud ligados a dicha alergia, concluye, sobre la reclamación concreta, lo siguiente:

"1. Tan pronto como la empresa tuvo conocimiento de que la reclamante podría padecer una alergia al látex se adoptaron una serie de medidas, a saber:/ Suministrarle guantes de vinilo como alternativa a los guantes de látex./ Trasladarla del laboratorio de Urgencias al de Inmunología en turno exclusivo de mañanas, ya que a éste las muestras llegan de una forma más ordenada, lo que hace que el contacto sea menor y más espaciado./ Hay que hacer notar que en una primera valoración por el entonces órgano competente -Gabinete Técnico del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo- se declaró que no había de relación de causa-efecto entre la patología de la reclamante y el entorno laboral en el que desarrollaba su actividad, concluyendo que no existían riesgos por inhalación de productos ni de contacto con el látex./ 2. Aparte de estas medidas, se propuso a la reclamante para un puesto compatible lo que en un medio como el hospitalario, en el que es posible que haya partículas libres de látex en el ambiente, resulta harto complicado. Ante esta dificultad, fue propuesta reiteradamente para incapacidad permanente, que fue denegada otras tantas veces. Aún así, dada la escasa actividad laboral que la reclamante mantuvo en los más de cinco años que

median entre marzo de 1997 (primer proceso de I.T. por alergia) y octubre de 2001 (se le concede la invalidez permanente), no puede decirse que la exposición al alérgeno haya sido demasiado intensa./ 3. La reclamante (...) omite, sin embargo (...), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que condena al Instituto de Gestión Sanitaria a un recargo del 30% de las prestaciones de incapacidad permanente a que la reclamante tiene derecho./ Con arreglo a lo anteriormente expuesto, considero que la Administración sanitaria, al adoptar respecto a la reclamante las medidas de prevención a su alcance para evitar la exposición al látex, fue correcta y adecuada a sus facultades de actuación. La única medida realmente eficaz hubiera sido la definitiva separación de esta trabajadora del medio hospitalario (ya que no existen en el mismo áreas de trabajo libres de látex) lo que excede las competencias de la empresa”.

En el “juicio global sobre la pertinencia de la reclamación”, señala el instructor que “la medida más eficaz, consistente en evitar la exposición definitiva de la reclamante al alérgeno mediante una incapacidad permanente, fue intentada en vano en tres ocasiones, pero en todo caso excede las competencias de la empresa” y que “la reclamante parece pretender que con ocasión de su actividad profesional ha contraído una alergia al látex (asma y dermatitis de contacto) con reacción cruzada a frutas, lo que no responde a la realidad. Lo que verdaderamente ha provocado la exposición al látex en el ejercicio de su actividad profesional es la expresión clínica de una atopia, es decir, de una predisposición hereditaria a fenómenos de hipersensibilidad, que pueden ser desencadenados por objetos que contengan látex en su composición (presentes tanto en el ámbito profesional como fuera de él), así como por determinadas frutas”.

Según el instructor, “en virtud de Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de marzo de 2005, que inexplicablemente ha sido omitida por la reclamante, se le concedió un recargo del 30% en las prestaciones económicas de incapacidad permanente. Esto viene a compensar los posibles

daños y perjuicios sufridos, sin que el consistente en la imposibilidad de trabajar en la profesión a la que había dedicado su vida activa pueda ser imputado a la Administración sanitaria”.

Por todo ello, concluye señalando que “la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada por Dña. carece fundamento y que, en consecuencia, debe ser desestimada”.

9. Evacuado el trámite de audiencia, mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2005, el día 21 de diciembre de 2005 comparece en las dependencias administrativas un asistente social, como representante de la interesada, y obtiene una copia íntegra del expediente, detallándose en la diligencia correspondiente que el mismo está compuesto “al día de la fecha” por sesenta y siete (67) folios numerados. Posteriormente, y mediante escrito registrado de entrada el día 23 de ese mismo mes, la interesada presenta un escrito de alegaciones que dirige al “Principado de Asturias. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios” pero que encabeza dirigiéndolo a “ese Instituto Nacional de la Seguridad Social” y finaliza con una solicitud también dirigida a “ese Instituto Nacional de la Seguridad Social”, para que dicte “resolución por la que se abone a (la interesada) la cantidad de 120.202,42 euros líquidos en concepto de indemnización por daños y perjuicios por la enfermedad profesional que padece la que suscribe”, insistiendo en dicho escrito de alegaciones en las mismas consideraciones sobre la falta de medidas eficaces de prevención de riesgos laborales, pese al “evidente conocimiento empresarial de las patologías sufridas por la trabajadora”.

Junto con las alegaciones, presenta la interesada copia de 8 documentos: Informe del S° de Alergia del Hospital, de fecha 11-09-96; fotocopia de escritos remitidos al INSALUD, INSS y Hospital -S° M. Preventiva-, de fecha 30-05-01; fotocopia de la resolución del Hospital, de fecha 20-06-01; fotocopia de la resolución del INSS, de fecha 22-02-02; fotocopias de las resoluciones del INSS, de fechas 19-11-97, 26-11-98 y 29-05-00; fotocopia del

informe de Silicosis, de fecha 22-03-01; fotocopia de resolución del INSS, de fecha 20-11-01, y fotocopia de resolución del INSS, de fecha 08-04-2002.

10. El día 26 de enero de 2006, el instructor elabora una propuesta de resolución en sentido desestimatorio, considerando, de igual modo que el Informe Técnico de Evaluación, que “la Administración sanitaria, al adoptar respecto a la reclamante las medidas de prevención a su alcance para evitar la exposición al látex, actuó de forma correcta y adecuada a sus facultades de actuación. La única medida realmente eficaz hubiera sido la definitiva separación de esta trabajadora del medio hospitalario en virtud de expediente de declaración de incapacidad permanente (ya que no existen en el mismo áreas de trabajo libres de látex), lo que excede las competencias de la empresa”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2006, registrado de entrada el día 16 del mismo mes, 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, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin el expediente original.

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

ÚNICA.- Con carácter preliminar, procede que este Consejo Consultivo analice la naturaleza de la reclamación sometida a su dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación, para poder examinar el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella.

En el sentido expresado, hemos de recordar que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias, creado directamente en el Estatuto de Autonomía como superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma (artículo 35 *quáter* de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias), cuya composición y competencias regula la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo (en adelante Ley del Consejo).

El artículo 13 de la Ley del Consejo enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por “los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio”, deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, en la redacción vigente a la fecha de la solicitud de dictamen, que V. E. invoca al solicitar la consulta de este Consejo Consultivo, incluye las reclamaciones “de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración autonómica o las Administraciones de las entidades locales radicadas en el territorio del Principado de Asturias”. En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Ahora bien, a pesar de que la Administración del Principado de Asturias tramitó el escrito de la interesada como una reclamación de responsabilidad patrimonial, de la lectura detallada del mismo y de los antecedentes obrantes en el expediente, pudieran surgir dudas sobre la naturaleza jurídica de dicha reclamación.

Hemos relatado que la interesada interpuso en su momento (escrito de fecha 11 de noviembre de 2002) una reclamación previa (no señala si a la vía social o a la civil) “sobre indemnización complementaria a cargo de la empresa por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional”, solicitando “por responsabilidad contractual (...) la cantidad de 120.202,42 €”. Si hemos de dar por ciertos los antecedentes que relata la Jefa del Servicio de Asuntos

Generales en su oficio de remisión de 31 de mayo de 2005, tal reclamación previa dio lugar a un procedimiento ante la jurisdicción social (Juzgado N°de los de, Autos) en el que se demandó en realidad “el incremento de un 50% de todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional sufrida” (antecedente primero de la Sentencia de dicho Juzgado, de fecha 28 de octubre de 2003) que, como se puede observar, nada tiene que ver con el “*petitum*” de la reclamación previa. Además, y tal como hemos relatado, la Secretaría General del SESPA incorpora al expediente, como antecedentes, una copia de lo que entendemos es la minuta del Letrado defensor de ese organismo en el juicio referido, y en la misma no se hace mención alguna al vicio de incongruencia de pretensiones de la parte reclamante (incongruencia prohibida por el artículo 72.1 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril- en adelante Ley de Procedimiento Laboral, al disponer que “En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma”) lo que, dado lo evidente del caso, no parece probable que hubiese pasado desapercibido.

Por tanto, a la vista de todo ello, parece más probable que en realidad exista un error a la hora de relatar los antecedentes por la Jefa del Servicio de Asuntos Generales y que la reclamación previa suscrita el día 11 de noviembre de 2002 (en la que no se observa la fecha del registro, pero a la que se refiere la indicada Jefa del Servicio como de fecha “21/11/2002”) y en la que la interesada ya solicitaba una indemnización “por responsabilidad contractual por la cantidad de 120.202,42 €”, no sea en realidad la misma que terminó siendo resuelta en la Sentencia del Juzgado de lo Social N° de, ya referida, y que, por tanto, exista otra reclamación previa (el antecedente real de esa Sentencia) que no fue incorporada al expediente.

Debe hacerse notar, además, que en dos ocasiones la Secretaría General del SESPA entendió que esos escritos de la interesada (recordemos los de

fechas 11 de noviembre de 2002 y 6 de noviembre de 2003) eran reclamaciones previas a la vía social, vía que quedaría expedita, se le indicaba a la interesada, si en el transcurso de un mes no recibía la notificación de la resolución expresa, en aplicación, citaba en sus escritos el SESPA, de lo dispuesto en el "artículo 69.2" de la "Ley de Procedimiento Laboral" (oficios de la Secretaría General del SESPA de 25 de noviembre de 2002 y de 26 de noviembre de 2003). Resulta cuando menos llamativo que con ocasión de un tercer escrito de la interesada, limitándose a instar una resolución expresa de la reclamación (el ya señalado escrito de 14 de marzo de 2005), el SESPA cambie de opinión sobre su naturaleza y lo entienda ahora como una reclamación de responsabilidad patrimonial, aparentemente sin tramitar desde noviembre de 2003 (entiende la Jefa del Servicio citada) o más bien desde noviembre de 2002, si se confirma la hipótesis que atisbamos.

Como primera consideración, por tanto, se impondría clarificar esta cuestión que, según venimos razonando, aparece cuando menos dudosa, y ello porque si se considera, como hace ahora el SESPA, que la reclamación de la interesada es una reclamación de responsabilidad patrimonial hay que determinar la fecha de la misma para analizar el requisito de la temporalidad de la acción que, es bien sabido, debe ejercitarse en el plazo de un año (artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante LRJPAC-). Si, como todo parece indicar, la Sentencia del Juzgado de lo Social N° de, tantas veces citada, nada tiene que ver con la reclamación previa, fechada el 11 de noviembre de 2002, esa sería la primera fecha a considerar de lo que ahora entiende el SESPA es una reclamación de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, si tiene razón la Jefa del Servicio de Asuntos Generales en su resumen, la primera reclamación de responsabilidad patrimonial sería la instada el día 7 de noviembre de 2003, y sería esa la fecha a considerar en el análisis de la posible prescripción de la reclamación.

Si esa fuese la única cuestión a dilucidar, este Consejo Consultivo debería solicitar la aclaración de ese punto concreto y para ello dispone de los medios necesarios (artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, que permite la solicitud de nuevos antecedentes o la ampliación del expediente). No obstante, el principio de economía procesal impone una consideración previa, puesto que lo anterior únicamente tendría sentido si se entendiera que nos enfrentamos a una reclamación de responsabilidad patrimonial, pero resultaría un trámite superfluo si se llegase a la consideración contraria. Por tanto, antes de analizar los fundamentos procesales y de fondo de la reclamación, debemos resolver la cuestión de la naturaleza jurídica del escrito presentado por la interesada.

Ya hemos señalado que la primera reclamación y la segunda son idénticas en los antecedentes, en la pretensión, que textualmente se concreta en la “reclamación por responsabilidad contractual por la cantidad de 120.202,42 €”, y en la razón de pedir, que señalada en el punto décimo de ambos escritos, resulta del siguiente tenor literal: “los perjuicios sufridos son muy superiores a los que se me han compensado con las prestaciones de seguridad social que percibo, pues hay que tener en cuenta que ya no puedo trabajar en la profesión a la que había dedicado mi vida activa, y que por mi edad y falta de preparación específica se hace prácticamente imposible el poder volver a tener una profesión”.

Ya hemos señalado también que, en respuesta a dichas reclamaciones previas, la Secretaría General del SESPA entendió en aquellos momentos que se trataba de una reclamación previa a la vía social, y como tal acusó recibo de las mismas, informando de los plazos y los efectos del silencio, con cita expresa de la norma rituarial aplicable (artículo 69.2 de la Ley de Procedimiento Laboral ya citada).

Puesto que la reclamante ha presentado, según sus propias palabras, una “reclamación previa” por “responsabilidad contractual”, la calificación más

propia de la misma sería, precisamente, la que ella misma emplea. Llegados a este punto, cabe preguntarse por qué ahora el SESPA considera como una reclamación de responsabilidad patrimonial lo que antes consideraba una reclamación previa a la vía laboral, y también cabe preguntarse si resulta lícito, desde el punto de vista administrativo, que el SESPA modifique su criterio, contra el tenor literal del escrito de la reclamante. A este respecto, debe recordarse que el principio antiformalista, recogido expresamente en el artículo 110.2 de la LRJPAC, se refiere a la posible calificación errónea de los recursos administrativos, pero no puede extenderse ese principio a una pretensión que la reclamante pretende incardinar en otro orden jurisdiccional –social o civil-, frente a la Administración que actúa como empresario (recordemos que señala textualmente *“indemnización complementaria a cargo de la empresa por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional”*-énfasis en el original-). En último extremo, podría plantearse tal posibilidad en supuestos de ejercicio de una acción manifiestamente inadecuada o inexistente, reorientando hacia la vía correcta (en este caso entiende el SESPA que sería la de responsabilidad patrimonial) los escritos claramente desorientados, pero que en el fondo sostengan una imputación de responsabilidad frente a la Administración. Pero tampoco éste sería el caso, puesto que la acción que persigue la interesada en modo alguno puede calificarse de tal.

En efecto, el artículo 123.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante Ley de Seguridad Social-, al regular el recargo de prestaciones, dispone expresamente que “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”. Además el artículo 127.3 de la misma Ley dispone que “Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de

Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente”.

Estas previsiones legales, junto con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (“El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”), permiten al trabajador exigir la responsabilidad civil del empleador cuando considere que ha incumplido sus obligaciones en materia de prevención de riesgos y ello es compatible, como se encargan de señalar estos artículos, con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

Como hemos señalado, la misma interesada califica la acción que ejercita como “reclamación previa sobre indemnización complementaria a cargo de la empresa”, como consecuencia de responsabilidad por incumplimiento de las medidas de protección. Si analizamos este tipo de reclamación a los efectos de determinar si es previa al ejercicio de una acción civil o laboral, lo primero que podemos afirmar es que su enjuiciamiento ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios sobre cuál sea el orden jurisdiccional competente. El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en Sentencia de 30 de septiembre de 1997, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 22/1997, resume la polémica señalando que “la jurisdicción civil ha conocido y sigue conociendo de litigios como el presente. El conocimiento por el orden civil de este tipo de litigios, se fundamenta materialmente en la culpa extracontractual, pues es evidente que la contractual en relaciones laborales, entra de lleno en el orden jurisdiccional social”. Sin embargo, concluye la Sentencia, “puede afirmarse que es competente el orden social para conocer de los daños causados al trabajador, por todas las conductas del empresario en que éste actúe como tal

empresario con imputación de culpa, bien se plantee ésta como contractual, bien se plantee como extracontractual que sea causa del daño producido". En idéntico sentido se pronuncia la misma Sala, en su Sentencia de 7 de febrero de 2003, con cita textual de la sentencia que acabamos de reseñar. Y esa conclusión, entiende este Consejo Consultivo, no debe alterarse cuando es la Administración Pública la que actúa como empresario.

Consecuentemente, y a efectos del análisis que venimos realizando, lo importante es considerar que la reclamante pretendió en todo momento, a nuestro juicio ya desde la inicial reclamación previa, fechada el día 11 de noviembre de 2002, exigir la responsabilidad "civil" del empresario (la Administración pública titular del Hospital) por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, argumentando que "los perjuicios sufridos son muy superiores a los que se me han compensado con las prestaciones de seguridad social que percibo", responsabilidad que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, en su Sentencia de 11 de abril de 2003, define de la siguiente forma: el empresario "en cumplimiento del deber de protección eficaz, deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo -art. 14.2 Ley 31/1995-; y el incumplimiento de tal obligación dará lugar, aparte de a responsabilidades administrativas y, en su caso, responsabilidades penales, a la que ahora exige la demandante por los daños y perjuicios que derivan de ese incumplimiento -art. 42.1 Ley 31/1995-".

No nos hallamos, en consecuencia, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada en el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al particular a ser resarcido de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta reclamación, a juicio de este Consejo Consultivo, nace en el marco de una relación jurídica singular, de naturaleza laboral, y en él, por tanto, deberán resarcirse específicamente, si procede, los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento de las

obligaciones que la Ley impone al empresario, en este caso una Administración pública. En efecto, la reclamación que origina el procedimiento que se somete a nuestra consulta, deriva del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; derecho que la Ley 31/1995 garantiza imponiendo al empresario un deber general de protección concretado en un conjunto de obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad del empleador, en su caso de la Administración pública respecto del personal a su servicio.

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 2379/2000, de fecha 14 de septiembre, “la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquellos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible”. Por tanto, en un supuesto similar al que analizamos, donde se instaba una responsabilidad derivada de un accidente laboral, en el que concurre un incumplimiento de deberes generales de prevención de riesgos por parte del empresario (una Administración pública), el Consejo de Estado concluye que “se trataría en definitiva, de un supuesto de responsabilidad derivada de un incumplimiento laboral por parte del empresario con fundamento en un hecho que se presenta como infracción de las obligaciones que constituyen contenido esencial del contrato de trabajo (...). En estos supuestos (como) recoge el Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1994 (en parecido sentido el Auto de 10 de junio de 1996), la reclamación está comprendida dentro de la rama social del Derecho y el conocimiento de las diversas consecuencias derivadas de un accidente de trabajo (o de una enfermedad profesional, añadimos nosotros, porque ambos supuestos están contemplados en el artículo 123.1 de la Ley de Seguridad Social sobre recargo de prestaciones “que tengan su causa en accidente de

trabajo o enfermedad profesional”) ha de corresponder a los órganos de un mismo orden jurisdiccional. El interesado que deduzca su reclamación ante la Administración deberá, por lo mismo, hacerlo como reclamación previa a la vía judicial laboral, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992”.

Y eso es, en definitiva, lo que realizó la reclamante: presentar una reclamación previa, que el SESPA entendió a la vía laboral (a nuestro parecer ya desde su escrito de fecha 11 de noviembre de 2002, aunque la conclusión sería la misma si están correctamente relatados los antecedentes y, por tanto, debiera partirse de la reclamación de fecha 6 de noviembre de 2003), instando una responsabilidad “civil” por incumplimiento de medidas de seguridad por parte del empresario; reclamación que reiteró en momentos sucesivos ante la falta de resolución expresa de la Administración. No estamos, en definitiva, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias, por lo que el procedimiento seguido en su tramitación no respeta lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, por tanto, no procede pronunciarse sobre ella con base en los requisitos establecidos en el artículo 139 y siguientes de dicha Ley.

En consecuencia, este Consejo Consultivo no resulta competente para emitir su dictamen sobre el fondo de la reclamación previa realmente planteada, ya que no se encuentra en la relación de materias sometidas a dictamen preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

Al no constituir la consulta solicitada uno de los supuestos de dictamen legalmente preceptivos, resta únicamente por examinar si pudiera incardinarse en aquéllos en los que la consulta es facultativa, los del artículo 14 de la citada Ley del Consejo. En efecto, este artículo dispone que podrá recabarse el dictamen “sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13, cuando por su especial trascendencia o repercusión el órgano consultante lo estime conveniente”. En el ejercicio de esta facultad, aunque sea de naturaleza

discrecional, el órgano competente está sujeto, a la hora de formar su voluntad y de manifestarla al Consejo Consultivo, a unos requisitos formales y procedimentales reglados, de forma que este órgano consultivo no podría, sin extralimitarse en sus competencias, suplirlos, recurriendo a calificar de facultativa una consulta solicitada como preceptiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado a instancia de doña con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y que, al tratarse de una reclamación previa a la vía jurisdiccional, que no requiere dictamen preceptivo de este órgano consultivo, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en ella planteada.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.