

Expediente Núm. 334/2006
Dictamen Núm. 72/2007

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de junio de 2007, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 1 de diciembre de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña y doña, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad de la Administración pública sanitaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 17 de mayo de 2006, tiene entrada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias un escrito de doña y doña en el que formulan reclamación de responsabilidad patrimonial.

Inician su escrito explicando que “las exponentes son funcionarias de carrera, pertenecientes a la Escala de Diplomados de Enfermería de la Administración del Principado de Asturias, adscritas al Servicio de Salud del

Principado de Asturias, y prestando sus servicios en la fecha a que se refieren los hechos en el Hospital". En cuanto a los hechos por los que reclaman, dicen que "ocupando en su día el puesto de Supervisoras en dicho hospital fueron cesadas, concretamente por Resolución de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos de fecha 30 de julio de 2001, si bien y tras interponer recurso de súplica ante el Consejo de Gobierno de la Administración del Principado de Asturias, el mismo fue estimado, anulando el cese, por falta de motivación y reponiéndolas en su puesto de trabajo de Supervisoras, siendo cesadas nuevamente y disponiendo finalmente su reincorporación a (un) puesto de ATS/Diplomado en Enfermería dependiente del hospital referido, que es el que ocupan actualmente./ Tanto con anterioridad a su nombramiento como Supervisoras y como con posterioridad al mismo, las recurrentes siempre han tenido asignado horario de mañana, viniendo prestando servicios de 8 a 15 horas, de lunes a viernes, desde al menos 16 y 11 años, respectivamente".

Continúan relatando que "tras ser adscritas al puesto base, se les modificó el turno de mañanas en el mes de octubre del año 2002, incluyéndolas en un turno de refuerzos (PD/3D) con obligación de prestar servicios en tardes, noches, sábados, domingos y festivos, a tenor de lo dispuesto en (la) cartelera, presentaron el oportuno recurso jurisdiccional, siendo estimadas sus pretensiones por Sentencia del Juzgado (de lo) Contencioso-Administrativo Número de Oviedo, recaída en p.a., y confirmada posteriormente por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, declarándose nula de pleno derecho la modificación en sus condiciones de prestación de servicios./ Dicha sentencia se encuentra actualmente en fase de ejecución". De este modo, "las exponentes han venido realizando un turno de refuerzos, con obligación de dar cobertura a cuantas necesidades podrían ir surgiendo con la movilidad entre plantas y servicios que implica y además, lo que es más gravoso, de carácter rotatorio, pasando de turno fijo de mañanas, de lunes a viernes, a rotatorio de mañanas, tardes y

noches con obligación de prestar servicios conforme a (la) cartelera, incluyendo sábados, domingos y festivos./ Ello ha determinado una grave repercusión en su vida personal, especialmente en el ámbito familiar, pues no se trata tan sólo de que el trabajo sea mucho más penoso, es que las circunstancias del mismo se trasladan a su familia, en ambos casos al tratarse de personas vinculadas a una unidad familiar con hijos menores, que ha de ser adecuadamente resarcido”.

Siguen exponiendo la regulación y requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, señalando que no hay duda, en el presente caso, “sobre la existencia del exigible nexo causal, directo e inmediato, entre el acto imputable a la Administración, anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa y la lesión resarcible”.

Por los daños y perjuicios sufridos, se empieza reconociendo la dificultad de aplicar los criterios de valoración a los que alude el artículo 141 de la Ley 30/1992, “debido a que concurre en la naturaleza de los daños sufridos, daños morales, de difícil cuantificación”. Sin embargo, “se estima adecuada la indemnización de 6.000 € a cada una de las reclamantes”.

2. Mediante escrito de 25 de mayo de 2006, notificado a doña el día 1 de junio de 2006, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a una de las interesadas la fecha de recepción de la reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará en dicho Servicio, así como el plazo en que, si no hubiera recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada la solicitud de indemnización.

3. Con fecha 30 de mayo de 2006, el Inspector de Prestaciones Sanitarias solicita a la Dirección Gerencia del Hospital, de, la remisión de “los antecedentes obrantes en ese centro así como la sentencia judicial a la que se hace referencia e informe actualizado sobre los hechos acaecidos en relación con la reclamación presentada”. Con fecha 30 de junio de 2006 se reitera la

petición a la citada Dirección Gerencia y, de nuevo, mediante escrito de 25 de julio de 2006, notificado el día 28 del mismo mes, se repite la petición.

4. Mediante escrito de fecha 10 de agosto de 2006, se remite informe del Director Gerente del Hospital de la misma fecha, el cual se inicia explicando que “en el año 2002 el Hospital implantó los módulos de refuerzo en las Unidades de Enfermería dentro de la nueva organización. Estos módulos garantizaban las presencias necesarias por U. de Enfermería, así como la cobertura de necesidades del personal ante posibles incidencias. En ningún caso estos módulos suponen una modificación del cumplimiento de la jornada anual del personal funcionario, dada por norma con respecto al cumplimiento de las 35 horas semanales”. Además, “esta modificación es pactada con el Comité de Empresa. Una vez realizada la modificación, se abre un plazo voluntario para que cada empleado escoja en qué turno desea estar, turnos que son asignados conforme a las preferencias de cada empleado y teniendo en cuenta la antigüedad en la empresa”, especificando que “la posibilidad de elección se circunscribe a turno rotatorio (mañana-tarde-noche), turno de refuerzo (turno de tres semanas al mes, dos en turno fijo de mañana y una tercera a disposición, para cubrir las ausencias existentes en cualquiera de los tres turnos) y turno fijo de mañanas (de lunes a viernes de 8 a 15 horas). Esta forma de distribución de los turnos entre trabajadores (mediante solicitud voluntaria de cada trabajador y asignación por riguroso orden de antigüedad) es pactada con el Comité de Empresa y en principio esta ventaja sólo es aplicable al personal laboral del hospital, sin embargo la misma es aplicada sin distinción alguna a todo el personal del hospital, funcionarios incluidos”.

Refiriéndose ya al presente caso, explica que “doña solicita un turno de mañana de 8 a 15 horas y/o turno de refuerzo, turno este último, que dada su antigüedad, le es concedido desde noviembre de 2002 (...) hasta mayo de 2005 y que únicamente ejerce durante algunos meses debido a sus largos periodos de incapacidad temporal”. Asimismo, “a partir de marzo de 2005 pasa

a ocupar un turno fijo de mañana en distintos servicios, como resultado de la solicitud cursada y asignado por criterios de antigüedad, igual que en noviembre de 2002, hasta el momento actual, que presta sus servicios en consultas externas en turno fijo de mañana”.

En cuanto a doña, ésta “solicita voluntariamente el turno de refuerzo, turno que le es concedido en noviembre de 2002 con el criterio mencionado, hasta febrero de 2004 que pasa a ocupar un turno fijo, pasando por una incapacidad temporal desde octubre de 2003 hasta enero de 2004. Con posterioridad ocupa una plaza de turno fijo de mañana en quirófano hasta que se convierte en definitiva. Actualmente está prestando sus servicios en la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios como consecuencia de un concurso de traslados”.

Sigue el informe señalando que “en el mes de junio de 2005 se mantiene una reunión con la Junta de Personal con el objetivo de comunicar a los representantes de los trabajadores la implantación de los turnos para dar cumplimiento a la sentencia dictada a tal efecto. En aquel momento se encontraba en un turno fijo al cual había accedido por los criterios de antigüedad anteriormente citados. La Junta de Personal no se considera competente en este momento para recibir esta información por la existencia de otro órgano más representativo como es la Mesa Sectorial a quien se deriva informe de la situación a través del SESPA”.

Concluye indicando que “no sólo no ha existido distorsión alguna que pueda acarrear responsabilidad patrimonial de la Administración sino que ese procedimiento no es adecuado, por lo que debe inadmitirse la reclamación planteada”.

Acompaña al informe tres anexos: El primero expone los distintos módulos implantados, pudiendo comprobarse que, en todos ellos, se trabajan 35 horas semanales. El segundo contiene el escrito de la Directora de Enfermería del Hospital de 16 de octubre de 2002, informando de que se abre el periodo de solicitudes (hasta el día 23 de octubre de 2002) para optar

entre los distintos turnos de refuerzo que, en el caso de las enfermeras, es entre enfermeras de la Unidad de Transición y enfermeras de la Unidad de Agudos. El anexo tercero comprende otro escrito de la Directora de Enfermería del Hospital, de 10 de enero de 2003, sobre la solicitud de información de las enfermeras reclamantes. En ésta se explica que “la reorganización de las Unidades de Enfermería (...) incluye una mejora del número de los refuerzos de las unidades en previsión de circunstancias que puedan afectar al normal funcionamiento de las mismas. Es por ello que se programan unos turnos de refuerzo para cada Unidad funcional de enfermería en unas condiciones comunes para todos”. Además, “tras haber sido informado todo el personal por sus respectivos mandos intermedios, las reclamantes solicitaron el turno de refuerzo (...). El turno de refuerzo solicitado expresamente por las reclamantes consiste en mañanas de lunes a viernes durante dos semanas (librando sábado y domingo) y una tercera semana (librando entre semana) también de mañanas aunque modificable en caso de necesidad a turno de tarde o noche” y termina subrayando que “en ninguna Unidad de Enfermería existe un turno fijo y que, siempre, la adscripción de un trabajador a cualquier turno que solicite por considerar que por sus condiciones de trabajo es más adecuado a sus necesidades, se hace teniendo en cuenta los criterios de antigüedad y conocimiento del área”.

Asimismo, se acompaña copia de las solicitudes de turno de doña, quien, en fecha 8 de octubre de 2002, solicitó turno de mañanas para posteriormente, en fecha 17 de octubre de 2002, pedir el cambio al turno de refuerzo de la Unidad de Transición; así como copia de la solicitud de doña, quien, en fecha 21 de octubre de 2002, solicitó turno de refuerzo en las unidades PD y 3D.

5. Con fecha 22 de agosto de 2006, se remite al instructor del procedimiento la Sentencia número, de 31 de marzo de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sobre la apelación

interpuesta contra la Sentencia del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo N° de en el procedimiento abreviado número, en la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado ante la Dirección Gerencia del Hospital

El fundamento de derecho segundo indica que “los hechos de los que se deriva la controversia se circunscriben a (la) modificación del horario de la jornada laboral de las actoras que de 8 a 15 horas de lunes a viernes, pasa a un sistema de turnos de mañana, tarde y noche, sábados, domingos y festivos, entendiéndose aquéllas y la sentencia apelada que se trata de una modificación de las condiciones de trabajo que exige la previa audiencia o participación de los órganos de representación de los funcionarios, en tanto que la Administración demandada lo considera como una facultad que le es propia dentro de la potestad autoorganizativa al reorganizar todas las Unidades de Enfermería, afectando por igual a todos y a cada uno de los trabajadores que prestan sus servicios en la Unidad de Enfermería”.

A continuación, el fundamento tercero establece que “se halla acreditado que la modificación de la jornada laboral de 8 a 15 horas de lunes a viernes, por la de turnos de mañana, tarde y noche, sábados, domingos y festivos, se efectuó sin oír a las organizaciones sindicales, ni a la Junta de Personal”, indicando el Tribunal, entre otros, que “la potestad organizativa de la Administración no alcanza a fijar libremente aquellas cuestiones que afecten a las condiciones de trabajo que deben ser en principio objeto de negación (*sic*) artículos 30 y 32.e) de la (...) Ley 9/1997 (*sic*), y 3 de la Ley 30/84 (...) y cuya omisión ha sido calificada como motivo de nulidad”. Además, “podemos añadir que, la necesidad de negociaciones colectivas y de participación de las organizaciones sindicales viene impuesto por afectar a la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos en su generalidad, al tener una proyección que alcanza a todos los funcionarios o empleados que se hallan en la misma situación, y cuya regulación tiene carácter normativo aunque lo

sea por convenio o negociación". De este modo, "resulta la necesidad de constituir previamente la mesa de negociación para la negociación de la modificación de las condiciones de trabajo de la generalidad de los empleados, mediante la participación de las organizaciones sindicales, sin que puedan sustituir su participación ni la Junta de Personal ni los supuestos contactos particulares con los trabajadores, de cuya realidad no existe ninguna constancia, ni tan siquiera la constitución de una comisión `ad hoc´ para el caso concreto". Así se concluye que "la Administración podrá establecer las condiciones de trabajo de sus empleados y funcionarios públicos cuando no se produzca acuerdo en la negociación, pero el procedimiento previo de negociación resulta imprescindible bajo sanción de nulidad, como aquí ocurre al omitirse dicha tramitación". En consecuencia, se desestima el recurso de apelación interpuesto.

6. Mediante escrito de 15 de septiembre de 2006, notificado el día 22 del mismo mes, el Jefe del Servicio instructor comunica a las reclamantes la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntando una relación de los documentos obrantes en el mismo.

7. El día 10 de octubre de 2006 las interesadas presentan en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias un escrito de alegaciones, donde "dan por reproducidas cuantas (alegaciones) se contienen en el escrito inicial que da origen a estas actuaciones, dado que los documentos que constan en el expediente administrativo no desvirtúan lo ya manifestado".

8. El día 14 de noviembre de 2006, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, ya que considera que es reiterada y uniforme la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que "la mera anulación de una resolución administrativa, tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, `per se´ no comporta la responsabilidad patrimonial de la

Administración, pues ésta se origina, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 139.2 de la (...) Ley 30/1992, es decir, daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar administrativo y el resultado dañoso, y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo". Continúa destacando la Sentencia del Tribunal Supremo "dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso de casación número 2034/1993, de fecha 5 de febrero de 1996, en la que señaló que la obligación de indemnizar no es una consecuencia obligada de la simple anulación de una resolución administrativa, ya que "en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que pueden existir (...), pues en estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, deberá entenderse que no podría hablarse de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que le otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste (se) llevase a cabo en los términos antedichos".

Sigue la propuesta indicando que "la aplicación de la anterior doctrina al supuesto que analizamos permite afirmar que las modificaciones de turno introducidas en el año 2002 por el Hospital implantando módulos de refuerzo en las Unidades de Enfermería, tenía como objetivo, dentro de la nueva organización, garantizar las presencias necesarias en las Unidades de Enfermería, así como la cobertura de las necesidades del personal ante posibles incidencias. En este contexto las reclamantes solicitaron voluntariamente las adscripciones a los turnos de refuerzo y se les concedieron los pedidos, dentro de las posibilidades existentes en ese momento".

De este modo, en base a todo lo anterior, se propone desestimar la reclamación de responsabilidad formulada.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de diciembre de 2006, registrado de entrada el día 12 de diciembre de 2006, 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 Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están las interesadas activamente legitimadas para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su respectiva esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. En este caso, no figura en el expediente la fecha en que se notificó a las partes la Sentencia, de 31 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° de Oviedo en el procedimiento abreviado número, por lo que no se puede determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo.

No obstante, al haberse presentado la reclamación el día 17 de mayo de 2006, es decir, un año y un mes y medio después de haberse dictado la Sentencia, este Consejo no puede descartar que el derecho a reclamar hubiera prescrito, es decir, que la reclamación esté presentada fuera del plazo de un año legalmente determinado. Sin embargo, teniendo en cuenta que no consta fehacientemente tal circunstancia y que la Administración no ha alegado la prescripción ni tampoco ha suministrado documentación que haga pensar en dicho efecto de manera irrefutable, consideramos, en aplicación del principio *in dubio pro actione*, que hemos de efectuar nuestro pronunciamiento entendiendo que la reclamación no se ha ejercitado fuera del plazo de un año. No obstante, deberá la Administración proceder a comprobar este extremo dejando constancia de ello en la resolución que finalmente se adopte, es decir, la fecha de notificación a las reclamantes de la mencionada sentencia para acreditar que su reclamación se interpuso en plazo. Observación ésta 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.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Por último, observamos que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 17 de mayo de 2006 (sin que conste otra de entrada en el registro de la Consejería instructora), se concluye que, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 12 de diciembre de 2006, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC, ya citada, 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo 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.- La reclamación objeto de este dictamen parte de la consideración de que, declarada judicialmente la nulidad de un determinado acto administrativo, surge la obligación de indemnizar al administrado por los perjuicios que le haya ocasionado dicho acto. Sin embargo, el artículo 142.4 de la LRJPAC no permite concluir tal automatismo, pues expresamente dispone que “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”; es decir, tal anulación no genera de manera inmediata y mecánica un derecho a la indemnización, aunque evidentemente tampoco lo excluye; la anulación es condición inicial para que la responsabilidad pueda nacer, pero resulta insuficiente si no concurren los requisitos que la ley establece con carácter general al regular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Por ello, ante supuestos de anulación de actos administrativos como el que origina la presente reclamación, es preciso examinar, como en cualquier otro caso de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, si se cumplen todos los requisitos legalmente exigibles para que proceda su declaración, porque, como señala el Tribunal Supremo, “la mera anulación de los actos y disposiciones de la Administración, en los términos de la regulación vigente, no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la Administración produce un perjuicio, que el recurrente no está obligado a soportar y no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa” (Sentencia de 2 de julio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª).

En el presente caso, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesario probar que, más allá de la simple constatación del hecho en sí de la declaración de nulidad, el acto administrativo anulado causó de modo directo una lesión en el patrimonio de las reclamantes.

Por tanto, y con independencia de elementos subjetivos de imputación o de exculpación del actuar del Servicio de Salud del Principado de Asturias, debemos analizar si en el procedimiento que ahora examinamos resulta acreditado que se ha producido a las dos interesadas, como consecuencia de la actuación de la Administración, un daño real, efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, que no tenían el deber jurídico de soportar.

En este sentido, comprobamos que las interesadas inician su escrito de reclamación aludiendo a una Resolución de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos de fecha 30 de julio de 2001, por la que se acordó su cese, si bien, tras la interposición de recurso de súplica ante el Consejo de Gobierno de la Administración del Principado de Asturias, se anuló y fueron reincorporadas. Posteriormente fueron cesadas de nuevo para ser reincorporadas al puesto de ATS/Diplomado en Enfermería del Hospital Sin embargo, las circunstancias expuestas no tienen relación alguna con la anulación judicial de la resolución administrativa que estableció distintos turnos de refuerzo en el Hospital y que es origen de la presente reclamación administrativa, de manera que no procede realizar más pronunciamientos al respecto.

A continuación, las interesadas refieren en su escrito que, “tras ser adscritas al puesto base, se les modificó el turno de mañanas en el mes de octubre del año 2002, incluyéndolas en un turno de refuerzos (PD/3D) con obligación de prestar servicios en tardes, noches, sábados, domingos y festivos, a tenor de lo dispuesto en (la) cartelera”, ante lo cual “presentaron el oportuno recurso jurisdiccional, siendo estimadas sus pretensiones por Sentencia del Juzgado (de lo) Contencioso-Administrativo Número de Oviedo (...), y

confirmadas posteriormente por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, declarándose nula de pleno derecho la modificación en sus condiciones de prestación de servicios”.

La Sentencia, de 31 de marzo de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias revela que la modificación de la jornada laboral de 8 a 15 horas de lunes a viernes, por la de turnos de mañana, tarde y noche, sábados, domingos y festivos, se efectuó sin oír a las organizaciones sindicales, ni a la Junta de Personal, es decir, desconociendo el contenido de los artículos 30 y 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Dicha omisión fue calificada como motivo de nulidad, dada la necesidad de constituir la mesa de negociación para la negociación de la modificación de las condiciones de trabajo de la generalidad de los empleados, ya que “la Administración podrá establecer las condiciones de trabajo de sus empleados y funcionarios públicos cuando no se produzca acuerdo en la negociación, pero el procedimiento previo de negociación resulta imprescindible bajo sanción de nulidad, como aquí ocurre al omitirse dicha tramitación”.

Con base en lo expuesto, debe ahora comprobarse si la resolución que acordó establecer los distintos turnos de refuerzo para el Hospital produjo a las reclamantes un daño real, efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, que no tenían el deber jurídico de soportar.

Para ello, las reclamantes indican que la realización del turno de refuerzos “ha determinado una grave repercusión en su vida personal, especialmente en el ámbito familiar, pues no se trata tan sólo de que el trabajo sea mucho más penoso, es que las circunstancias del mismo se trasladan a su familia, en ambos casos al tratarse de personas vinculadas a una unidad familiar con hijos menores, que ha de ser adecuadamente resarcido” y que, en

la parte final del escrito, concretan en unos daños morales que cuantifican en 6.000 € para cada una.

De acuerdo con los principios jurídicos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante pero, en este caso, no han aportado nada que acredite los daños morales que alegan.

Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (Dictámenes Núm. 111/2006 y 275/2006), el daño moral carece de parámetros o módulos objetivos, pero “ello no destruye el principio de que quien alega debe probar. En lo tocante al daño moral la carga de la prueba es liviana, pero existe (...). El daño moral tiene un carácter abstracto, espiritual y subjetivo, pero para su valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar. A través de esta vía se podrá objetivar el daño moral en los términos que requiere el artículo 139.2 de la LRJPAC, o sea (...) se podrá calificar como “efectivo”, “evaluado económicamente” e “individualizado”. En el caso que se somete a nuestra consideración, la única referencia al mismo dice textualmente “grave repercusión en su vida personal (...), al tratarse de personas vinculadas a una unidad familiar con hijos menores”, pero sin especificar ni concretar en qué consisten tales daños ni mucho menos aportar prueba alguna de ellos, siendo así que sus afirmaciones no pueden sino considerarse meras alegaciones de parte, carentes de valor probatorio. A la expresada carencia de prueba, hemos de añadir que, a tenor de los informes obrantes en el expediente, el turno realizado fue objeto de elección, entre los posibles, lo que nos impide apreciar indicios de perjuicios efectivos e individualizados en las reclamantes.

De este modo, de los documentos obrantes en el expediente, este Consejo difícilmente puede llegar a la conclusión de que existe responsabilidad

de la Administración, dado que no se ha probado la existencia de un daño real, efectivo e individualizado.

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 doña y doña"

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.