

Expediente Núm. 101/2015
Dictamen Núm. 118/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de junio de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de junio de 2015 -registrado de entrada el día 9 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de febrero de 2015, un letrado presenta, en nombre y representación del interesado, una reclamación de responsabilidad patrimonial en el registro de la Administración del Principado de Asturias por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia prestada por una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Refiere que el día 19 de octubre de 2011 “sufrió un accidente” laboral tras el cual, debido al “dolor y limitación funcional” que padecía, se llevaron a cabo “los oportunos estudios preoperatorios”, ingresando el 9 de enero de 2012 y siendo “intervenido quirúrgicamente el día 10-01-2012”. En el informe médico de la mutua de 12 de marzo de 2012 se reseña que se trata de un “paciente que el 10-01-12 es intervenido quirúrgicamente, realizándose discectomía L4-L5, vía oblicua por musculatura abdominal oblicuos y artroplastia discal L4-L5 con activo 10 médium. Durante la cirugía debe de convertirse anestesia intradural a anestesia general por complicación vascular (...). Se realiza ligadura con ligaclip mediano de iliolumbar ascendente y sutura ilíaca con 3 puntos prolene 3/0. Se contabilizan 3.200 cc de sangrado. Intraoperatoriamente se transfunden 4 unidades de concentrados de hematíes (...). El día 1 posoperatorio, ante sospecha clínica de TVP, se confirma con estudio ecodoppler (...). En 2.º y 3.º día posoperatorio se transfunden 8 unidades de concentrado de hematíes y 2 de plasma (...). Se mantiene con tensiones estables a pesar de lo cual se decide traslado a UVI del H. ‘X’ para seguimiento”. Se añade que “el paciente fue trasladado a la UVI el día 14-01-2012, donde permaneció hasta el día 25-01-2012, en que reingresa en el Hospital ‘Y’, siendo dado de alta hospitalaria el día 03-02-2012 con la recomendación de reingreso para el día 11-03-2012”, ingresando nuevamente dos días en el mes de abril del mismo año.

Transcribe a continuación parte del informe emitido el día 8 de octubre de 2012 por un facultativo al que identifica en el que consta que, “respecto a la cirugía discal realizada, implantación de prótesis discal en el espacio L4-L5, dicha prótesis, bien en el acto quirúrgico o en el posoperatorio, sufrió un hundimiento dentro de los cuerpos vertebrales inferior de L4 y superior de L5, siendo más importante en el platillo de L4. Dicha prótesis, so (*sic*) está bien orientada en el plano anteroposterior, apreciándose en situación oblicua./ Esta mala colocación de la prótesis ha dado lugar a un pinzamiento del espacio discal, en comparación con el disco subyacente./ Biomecánicamente, una prótesis mal orientada en el plano frontal tiene mala función, si a esto

añadimos que la prótesis se ha hundido en los platillos vertebrales, provocando un pinzamiento del espacio discal, claramente visible en la imagen de la izquierda, tiene como resultado una incongruencia facetaria L4-L5 con subluxación de las carillas articulares, que se traduce en dolor lumbar y contractura de los músculos paravertebrales”.

Manifiesta que el 13 de noviembre de 2012 “el paciente ingresó de nuevo en el Hospital ‘Y’, siendo dado de alta de hospitalización el día 15-11-2012 con la recomendación de seguir el tratamiento pautado por la Unidad del Dolor”. En diciembre de 2012 fue remitido desde Atención Primaria a consulta de Salud Mental, consignándose en el informe emitido con motivo de dicha asistencia que “su estado psíquico se ve agravado por mala evolución de sus patologías somáticas”. Con fecha 4 de mayo de 2013 acude a consulta de Cirugía Vasculardel Hospital ‘Z’ por sospecha de síndrome varicoso, siendo diagnosticado de “secuela postrombótica en MIIZDO”.

Consigna la realización de nuevos estudios (electromiografía) y consultas realizados en centros sanitarios públicos y privados (Traumatología, Cirugía Vasculardel Hospital ‘Z’), y señala que acudió a un especialista en Medicina Legal y Forense, que emitió un informe pericial el 30 de septiembre de 2014 en el que se afirma que “se puede establecer un nexo de unión o principio de causalidad entre los resultados de la práctica quirúrgica llevada a cabo el día 10-01-2012 Hospital ‘Y’ y el estado actual del paciente”. Añade que por Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 2 de Oviedo de 9 de abril de 2014 se le declara en situación de “incapacidad permanente total por accidente de trabajo”.

Solicita una indemnización cuyo importe asciende a ciento cincuenta y dos mil doscientos catorce euros con veintiséis céntimos (152.214,26 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 27 “días de hospitalización”, 421 “días impeditivos”, 31 puntos de “perjuicio funcional”, un 10% de “factor de corrección” y otro “factor de corrección consistente en la invalidez permanente total que sufre”.

En cuanto a la legitimación pasiva, señala que “reclama frente al Sespa, toda vez que tiene reconocido la jurisprudencia de forma unánime que el orden

jurisdiccional competente para el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial derivado de negligencias médicas es el contencioso-administrativo, al que habría que acudir una vez finalizada la vía administrativa que iniciamos con la presente reclamación contra el servicio de salud asturiano (Sespa)”, pues considera que “el legislador ha reforzado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver todos los casos en que se demanda a una Administración pública (...). Para disipar cualquier género de duda, la proclamación legal del principio de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa se reitera en el sector de actividad en que los conflictos entre las jurisdicciones civil, contenciosa y social han sido tradicionalmente más frecuentes, el de la responsabilidad de la Administración sanitaria por los daños causados por el personal a su servicio”, y cita a continuación la disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Poder notarial, emitido a favor del letrado interviniente. b) Informe pericial, elaborado el 30 de septiembre de 2014 por un especialista en Valoración del Daño Corporal, en el que se afirma que “se puede establecer un nexo de unión o principio de causalidad entre los resultados de la práctica quirúrgica llevada a cabo el día 10-01-2012 y el estado actual del paciente”, señalando que “la citada actuación quirúrgica se aleja de una correcta *lex artis*, y que de ella se han derivado los daños que a continuación serán valorados desde la perspectiva médica, tratándose de daños que el paciente no tenía por qué haber soportado”. c) Informe emitido por un especialista en Traumatología el día 8 de octubre de 2012, en el que se concluye que “este paciente presenta un cuadro residual e irreversible de lumbociática bilateral derivado de las discopatías L4-L5 y L5-S1, con pruebas objetivas positivas de RM y EMG./ La alternativa a este cuadro clínico residual consistiría en reintervención quirúrgica con artrodesis posterior L4-L5-S1”. d) Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 2 de Oviedo de 9 de abril de 2014, en la que se declara al interesado “en situación de incapacidad permanente total por accidente de trabajo”.

2. Mediante escrito notificado al representante del perjudicado el 13 de febrero de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 16 de febrero de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que “la Administración sanitaria carece de legitimación pasiva”, pues “la Mutua `Y´” es “un centro sanitario ajeno al Servicio de Salud del Principado de Asturias”, destacando que “tanto el escrito de reclamación como el informe pericial que aporta ponen de manifiesto que el Sespa no prestó en ningún momento asistencia médica al reclamante”. Cita, por ser de aplicación al caso, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y sendos dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

4. Mediante oficios de 19 de febrero de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

5. Con fecha 4 de marzo de 2014 (*sic*), un gabinete jurídico privado informa, a instancias de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, que la reclamación de responsabilidad patrimonial “carece de cobertura por la póliza de responsabilidad civil suscrita”, al haberse producido los hechos “fuera del ámbito temporal” de la misma.

6. El día 16 de marzo de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al representante del interesado la apertura del

trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este que se hayan formulado alegaciones.

7. Con fecha 17 de abril de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella reitera la falta de legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias y reproduce el contenido del informe técnico de evaluación emitido durante la instrucción del procedimiento.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de junio de 2015, 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 Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, 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), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, hemos de partir del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, afectado en la materia por la reforma operada por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica dicha norma en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. El artículo 68 define, en su apartado 1, a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social como asociaciones de empresarios que asumen una responsabilidad mancomunada con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Por su parte, el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, señala, en su artículo 8, que "La responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados se extenderá a todas las obligaciones que legal o contractualmente alcancen a la Mutua cuando ésta no las cumpliera a su debido tiempo, sin que los estatutos de la entidad puedan establecer ninguna limitación a este respecto".

Por tanto, las mutuas son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia que colaboran en la gestión de la Seguridad Social, lo que supone que presentan, como ya señalamos en nuestro Dictamen Núm. 249/2011, una especial configuración jurídica, con elementos tanto públicos como privados. Procede, pues, analizar a quién corresponde la competencia para conocer sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por una mutua en los supuestos de accidente laboral. Al respecto, tras aludir en el citado dictamen a la disparidad jurisprudencial de soluciones existente, concluíamos que "las mutuas han de responder directamente de los posibles

daños o perjuicios causados en el curso de su actividad asistencial, dado que son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia y no forman parte de la Seguridad Social, sino que colaboran con esta en la gestión del sistema”.

Afirmábamos entonces compartir “el mismo criterio que sostiene el Consejo de Estado (Dictámenes Núms. 817/2009 y 375/2010) al señalar que “las Mutuas responden directamente (sin perjuicio de los convenios o pactos que al efecto hayan podido acordar) y en su defecto lo hacen mancomunadamente los empresarios asociados, pudiendo el que se considere perjudicado dirigirse a la Administración sólo en caso de insolvencia de aquélla y para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo””. En fecha más próxima (Dictamen Núm. 908/2013), el supremo órgano consultivo del Gobierno tuvo ocasión de recordar que se trata de doctrina “sentada” la que afirma que la responsabilidad “de índole patrimonial en relación con los daños y perjuicios que pueda causar la asistencia médica y sanitaria prestada por los servicios médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales corresponde a tales entidades, sin que pueda, por tanto, ser exigida de los órganos administrativos que ostentan funciones de dirección, tutela y supervisión respecto de las aludidas Mutuas, ya que tales potestades públicas no se refieren al buen orden y adecuado estándar de esa asistencia sanitaria, sino al cumplimiento y seguimiento del régimen de gestión administrativa y solvencia económica y financiera de tales entidades colaboradoras”.

Más recientemente, el Consejo de Estado sintetizaba este criterio en la sección de “Observaciones y sugerencias” de las *Memorias de los años 2012 y 2103*, aprobadas y publicadas conjuntamente en 2014: “las mutuas, en su calidad de entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia, son responsables directas de los perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que prestan a los empleados de las empresas asociadas./ Para el Consejo, la introducción de (la) nueva disposición adicional duodécima en la Ley 30/1992 supuso, en definitiva, una innovación de orden procesal, en cuanto residenció

en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia en materia de responsabilidad mutual (Dictamen 945/2008), con la consiguiente exclusión de la jurisdicción civil y de la jurisdicción social (dejando a salvo, en su caso, la jurisdicción penal) para conocer de estos temas, sin cambio alguno del régimen jurídico aplicable a la imputación de esa responsabilidad patrimonial que deriva de la propia naturaleza y del régimen jurídico de las mutuas patronales, como también ha entendido el Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de mayo y 29 de junio de 2007 y de 10 de diciembre de 2009)“.

En el asunto examinado, a la luz de las circunstancias concurrentes, rige el criterio expuesto, puesto que, como se deduce del relato que efectúa el interesado y subraya el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, la asistencia por la que se reclama ha sido prestada exclusivamente por un centro sanitario perteneciente a la mutua. En efecto, el reclamante centra su imputación en el daño provocado con ocasión de una intervención quirúrgica llevada a cabo el día 10 de febrero de 2012 en el “Hospital `Y´”, ya que, a tenor del informe pericial que adjunta, “se puede establecer un nexo de unión o principio de causalidad entre los resultados de la práctica quirúrgica llevada a cabo el día 10-01-2012 y el estado actual del paciente”. Durante la operación, y según los informes aportados, “se produjo una lesión venosa”, advirtiéndose con posterioridad que “la prótesis discal implantada no se encuentra correctamente colocada”. Por ello, el perjudicado solicita una indemnización por diversos conceptos: días de hospitalización, días improductivos, perjuicio funcional -“agravación de estado previo” de sus “dolores lumbares” y “fístulas arteriovenosas de origen postraumático con repercusión regional (edemas, varices)”, secuela que, aclara, se delimita “por asimilación”, así como “depresión reactiva”- y “perjuicio estético”. El propio afectado indica que se produjo una “prestación irregular, por deficiente, de la asistencia sanitaria a través del Hospital `Y´, debido a las incapacidades derivadas de los días improductivos y de las secuelas ya expresadas”. En suma, todos los perjuicios mencionados presentan relación directa con la actuación quirúrgica referida, de

lo que resulta que no se cuestiona ninguna atención dispensada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, al que ahora se reclama.

Como fundamento de la existencia de legitimación pasiva de la Administración autonómica, el reclamante se limita a invocar el contenido de la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues, entiende, que “el legislador ha reforzado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver todos los casos en que se demanda a una Administración pública”. Sin embargo, no se puede deducir de dicha disposición adicional la responsabilidad directa de una Administración sanitaria que en ningún momento ha intervenido en la producción del resultado dañoso por el que se reclama; a mayor abundamiento, ni siquiera consta que el centro en el que se produjo la intervención se encuentre situado en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Frente a tal planteamiento del interesado, en cuanto apela a la voluntad unificadora del legislador en materia jurisdiccional para fundar la interposición de su reclamación frente a la Administración, no cabe desconocer otra de las novedades introducidas por la Ley 35/2014, y que afecta al artículo 68.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuya entrada en vigor (1 de enero de 2015) se produjo con anterioridad a la fecha de presentación de la reclamación (2 de febrero de 2015). Conforme a la redacción actual de dicho precepto, “Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.” De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 35/2014, tal atribución tiene “la finalidad de residenciar en el orden jurisdiccional especializado la materia e identificar a los titulares y legitimados, superando así las incertidumbres existentes”. En lo que ahora interesa, y al margen de otras

consideraciones o de las dudas que el nuevo apartado pueda suscitar, tal literalidad excluiría la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la correspondiente reclamación; competencia en la que el afectado basa la exigencia de responsabilidad "frente al Sespa".

A la vista de lo expuesto procede desestimar la reclamación presentada, al no apreciarse legitimación pasiva del Principado de Asturias en relación con la misma, pues se dirige exclusivamente frente a la actuación de los servicios médicos mutuales.

Dicha conclusión hace innecesario el examen de la concurrencia o no de los restantes requisitos para que pueda prosperar la reclamación. No obstante, se advierte asimismo que, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, la reclamación resulta extemporánea.

En efecto, en relación al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Presentada la reclamación el día 2 de febrero de 2015, el propio interesado indica que "el proceso clínico iniciado el día 10-01-2012 puede considerarse consolidado con secuelas el día 30-01-2013, fecha en la que el paciente fue calificado como incapacitado permanente en grado de total para la profesión habitual (en Sentencia judicial de fecha 09-04-2014), y también porque en el informe de alta hospitalaria emitido el día 15-11-2012 por (la mutua) se recomienda ese mes para la valoración del paciente de cara a una posible nueva actuación quirúrgica, que a fecha de hoy no ha sido realizada". Pues bien, al respecto hemos de recordar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011 -Sala de Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-), que "las resoluciones de minusvalía e incapacidad no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad

patrimonial". Por tanto, no cabe considerar las fechas señaladas de los años 2013 y 2014 como momento de estabilización de las secuelas. En cambio, obra en el expediente un informe suscrito por un traumatólogo el 8 de octubre de 2012 en el que se recoge el "cuadro residual e irreversible" que presenta el paciente, cuya "alternativa (...) consistiría en reintervención quirúrgica", concluyéndose respecto del mismo que, "tanto en la situación actual como si se reinterviene de nuevo (...), nunca estará capacitado para volver a desarrollar su trabajo (...), ni esfuerzos aun livianos". A falta de información clínica adicional, estimamos que, atendiendo al contenido del mismo, ya en el mes de octubre de 2012 pueden considerarse establecidas las secuelas derivadas de la operación.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.