

Expediente Núm. 18/2017  
Dictamen Núm. 69/2017

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*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 16 de marzo de 2017, 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 12 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 17 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 el Servicio de Salud del Principado de Asturias y en una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 4 de enero de 2016, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una reclamación de responsabilidad patrimonial (en la que figura un sello de registro ilegible) por los daños derivados del tardío diagnóstico de una fractura de apófisis espinosa, que sufría el interesado desde un accidente laboral, ocurrido el 10

de diciembre de 2014, cuando se precipitó al vacío desde una grúa golpeándose en la cabeza.

Dirige su reclamación “de forma solidaria contra el Servicio de Salud del Principado de Asturias (...), Hospital ‘X’ (...), Hospital ‘Y’ (...), (la mutua colaboradora con la Seguridad Social que identifica)” y el “INSS”.

Refiere que ingresa “por politraumatismo” en el Hospital “X” tras sufrir un accidente laboral y que al día siguiente se le da el alta, viéndose obligado a acudir “en tres ocasiones” a la mutua colaboradora con la Seguridad Social que reseña, recibiendo el alta médica el 26 de diciembre de 2015. Manifiesta que, dado que continúa con fuertes dolores cervicales, mareos y diversas molestias, recurre frente a ello y que obtiene resolución desestimatoria, siendo despedido de su empresa, que posteriormente reconoce el despido como improcedente y opta por la no readmisión.

Señala que, “después de acudir nuevamente por mareos y alteración de la visión (11 de marzo de 2015), sufre crisis de ansiedad al ver que no se le da solución ni se le practica prueba alguna para determinar a qué se deben sus dolores cervicales, volviendo a Urgencias en fecha 25 de marzo de 2015”, cuando se le diagnostica “dolor abdominal inespecífico y crisis hipertensiva”, siendo atendido también “en consulta de Oftalmología en el Centro de Salud ‘A’” por presentar visión borrosa.

Indica que el 29 de junio de 2015 es examinado por el Servicio de Urgencias del Hospital “Y”, que lo remite al Servicio de Medicina Interna, donde se confirma que padece una “fractura de apófisis espinosa de C7”. Reseña que es visto nuevamente en la consulta de Oftalmología por visión borrosa y mareos, en el Servicio de Urgencias “por malas sensaciones” y en el Servicio de Traumatología “por persistir las molestias en la región cervical (...), remitiéndose a rehabilitación”.

Subraya que el 13 de octubre de 2015 acude al Servicio de Medicina Interna del Hospital “Y”, remitido desde el Servicio de Urgencias, y que “se le aprecian alteraciones secundarias a fractura de apófisis espinosa de C7. Leve pérdida de señal del discreto vertebral C5-C6 con incipientes osteofitos cóporo-marginales y pequeña profusión discal paracentral izquierda, y en

todo caso sin ningún dato clínico ni analítico que sugiera fractura patológica". Precisa que con fecha 4 de noviembre de 2015 se le efectúa RM de "columna cervical (...), concluyendo la rectificación de la lordosis cervical fisiológica, fractura de apófisis espinosa de C7. Protrusión discal L5-D6 paracentral izquierda asociada a incipientes cambios degenerativos".

Considera que "no se detectó a tiempo la fractura de apófisis espinosa de C7 por no haber realizado debidamente todas las pruebas desde el primer momento en que manifesté serias complicaciones derivadas de la caída por precipitación al vacío", y pone de relieve que ese retardo y "el alta médica sin prueba ninguna supone que el diagnóstico actual" sea el últimamente referido. Añade que "no tratar a tiempo la lesión supuso que se agravaran las consecuencias (...), siendo, según han manifestado los médicos, difícil una intervención quirúrgica para corregir mis dolencias, dado que la zona de intervención es extremadamente delicada". Razona que "en el primer TAC parece ser que no se aprecia fractura alguna", pero que "no cabía descartar una `fractura por compresión´ que (...) se podría detectar realizando pruebas posteriores".

Fundamenta su pretensión en que "no se tomaron las medidas necesarias para detectarse inicialmente un diagnóstico adecuado de la fractura y dolencias asociadas", al "no realizarse las pruebas médicas que aconsejaba el protocolo (...), siendo ello determinante de la agravación de la lesión y de las secuelas (...) y la ansiedad que le ha supuesto no solo padecer dichas patologías sino el estrés de ser atendido en multitud de ocasiones".

Cuantifica el daño sufrido en ciento veinte mil euros (120.000 €), sin ulterior desglose.

Propone prueba documental, consistente en que se incorpore al expediente su historial médico obrante en el Hospital "Y", en el Hospital "X" y en los Centros de Salud "A" y de "B".

Acompaña copia, entre otros, de los informes médicos de los Servicios de Urgencias y de Medicina Interna.

**2.** Con fecha 26 de febrero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Solicitados a la mutua de accidentes de trabajo los antecedentes que obren en su poder, la colaboradora presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias el 7 de marzo de 2016 en el que manifiesta que las mutuas, "atendiendo a su personalidad y (...) al juego de responsabilidades que pueden generarse, son las únicas competentes para valorar su responsabilidad (...); máxime cuando quien debe asumir la responsabilidad generada es la propia mutua o su compañía aseguradora".

**4.** Durante la instrucción, se incorpora al expediente una copia del historial clínico del perjudicado obrante en los hospitales de la red pública que le atendieron y los informes emitidos por los servicios a los que se imputa el daño.

En el informe rubricado por el Médico Adjunto de la Unidad de Gestión Clínica de Medicina Interna del Hospital "Y", fechado el 11 de marzo de 2016, se relata que el paciente acudió cuatro veces a consultas externas "entre los meses de julio y noviembre de 2015", siendo derivado por el Servicio de Urgencias "por sospecha de síndrome general, síndrome cervical y fractura de apófisis espinosa de C7", donde se le diagnostica esa fractura el 29 de junio de 2015. Reseña que "valorado por Traumatología comentan que podría tratarse de una fractura patológica, ya que en el TAC del Hospital `X` el día del accidente no se visualizaba y no ha habido traumatismo posterior", si bien "tras los estudios realizados se descarta síndrome general y fractura patológica".

En el informe librado por la Jefa del Servicio de Urgencias del Hospital "X", fechado el 14 de marzo de 2016, se reseña que el reclamante fue atendido el día del accidente "realizándosele exploración física completa, como

consta en el informe médico de Urgencias, según *lex artis*, objetivándose, desde el punto de vista clínico, tras el accidente sufrido estabilidad hemodinámica, neurológica y respiratoria en exploración seriada y repetida (...). Se le realizó analítica completa y estudio electrocardiográfico, informado todo ello dentro de la normalidad, e igualmente estudios de imagen con práctica de escáner completo, según protocolo de atención al paciente politraumatizado, con realización de TAC craneal-facial, cervical, abdominal y eco abdominal, descartándose lesiones viscerales y músculo esqueléticas agudas postraumáticas, como consta en la información radiológica (...). No obstante y según protocolo, dado el mecanismo lesional, se dejó al paciente en observación en el Servicio de Urgencias hasta el día siguiente para vigilancia clínica y evolutiva, permaneciendo (...) estable (...), con buena evolución (...), sin objetivarse déficits neurológicos, con (...) alta a control y seguimiento por el médico de Atención Primaria y/o mutua (...), para lo cual se adjuntó informe médico con todas las pruebas realizadas y seguimiento clínico llevado a cabo según protocolo en estos casos en la Unidad de Observación del Servicio de Urgencias". Adjunta el informe clínico de Urgencias, en el que consta que ingresa por "caída accidental de una grúa" y las pruebas practicadas con sus resultados, recogiendo en el del TAC de columna cervical que "no se aprecian alteraciones óseas significativas. Cuerpos vertebrales con morfología normal correctamente alineados".

En el informe rubricado por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del Hospital "Y", fechado el 13 de junio de 2016, se constata que el paciente acudió a Urgencias el 25 de marzo de 2015 "por un cuadro clínico de dolor abdominal (...). Nada hace sospechar que este episodio guarde relación con el motivo de la reclamación", y el 29 de junio de 2015 por un "cuadro clínico sugestivo de síndrome cervical postraumático de siete meses de evolución (...) tras un accidente laboral", practicándose una "radiografía simple cervical" en la que se objetiva una fractura de apófisis, siendo derivado al Servicio de Medicina Interna para descartar su origen patológico.

**5.** Mediante oficio de 23 de marzo de 2016, el Jefe de Área de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social traslada a la Consejería de Sanidad la reclamación presentada por el interesado ante la Administración estatal, así como diversos particulares relativos a la misma, “independientemente de que por esta Subdirección General se tramite” aquella “en lo relativo a la responsabilidad que el interesado atribuye” al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Entre la documentación remitida figuran un escrito de la Directora Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social, expresivo de que las únicas actuaciones de este órgano fueron la revisión del alta médica que se había emitido por la mutua tras el accidente de trabajo y el expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, y el informe emitido por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica el 2 de febrero de 2016, en el que se indica que “el INSS no puede pronunciarse sobre los supuestos perjuicios causados por (...) los servicios médicos de la mutua” y, respecto a su propia actuación, que “en todo momento aplicó la normativa vigente”.

**6.** Con fecha 3 de octubre de 2016, y a instancia de la compañía aseguradora, emite informe un especialista en Valoración del Daño Corporal en el que se concluye que “el paciente fue diagnosticado y tratado” por el Servicio de Salud del Principado de Asturias “el día 10-12-2014 poniendo a su servicio todos los recursos necesarios y llevando a cabo los estudios indicados, incluyendo TAC. Con posterioridad (...) quedó a cargo de su mutua, al tratarse de un accidente laboral./ El día 25-03-2015 fue atendido en Urgencias por un motivo que nada tiene que ver con los hechos reclamados. En cualquier caso, el mero dolor cervical, sin clínica acompañante, no hubiera requerido de pruebas de urgencia./ En junio acude a Urgencias, esta vez sí, por dolor cervical, llevándose a cabo el diagnóstico de la fractura de apófisis espinosa”, por lo que toda la actuación de los facultativos “fue acorde a la *lex artis*”.

Explica que el TAC es la “prueba de elección para el estudio de traumatismos (de) columna vertebral”, por ser una “técnica con más sensibilidad que las radiografías”, aunque “no se puede exigir que

diagnostique el 100% de las fracturas. A menudo las fracturas no son visibles hasta transcurridos varios días, cuando pequeños desplazamientos, o el propio proceso de consolidación (...), muestran su existencia”.

Respecto a la invocada necesidad de “pruebas posteriores ante la posibilidad de una fractura por compresión”, se razona que “las fracturas por compresión son fácilmente objetivables en las pruebas complementarias iniciales. En cualquier caso, el seguimiento correspondería a la mutua y no al (Servicio de Salud del Principado de Asturias). Cabe mencionar, de todas formas, que el paciente no sufrió ninguna fractura por compresión”.

En cuanto a la incidencia del retraso en las ulteriores complicaciones, se observa que “se pretende relacionar la existencia de protrusión discal (...) con incipientes osteofitos con un retraso diagnóstico” cuando “los fenómenos objetivados son frecuentes y nada tienen que ver con la fractura”, y tampoco afecta el retardo a la complejidad de la cirugía o al abordaje de la dolencia, pues “la fractura no ha supuesto ninguna inestabilidad ni puesto en riesgo la integridad de la médula espinal, por lo que su tratamiento no hubiera sido quirúrgico”.

**7.** El día 4 de octubre de 2016, emite informe un gabinete jurídico privado a instancia de la compañía aseguradora. En él se estima que la actuación del servicio público sanitario fue conforme a la *lex artis* y que “no existe nexo de causalidad entre la actuación médica del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) y las secuelas que padece el paciente, que derivan del accidente laboral sufrido y su propia patología”.

**8.** Evacuado el trámite de audiencia, el interesado comparece en las dependencias administrativas el 4 de noviembre de 2016 y obtiene una copia del expediente.

Con fecha 12 de noviembre de 2016, presenta un escrito de alegaciones en el que se limita a reseñar que se ratifica en su pretensión inicial y en su fundamentación.

**9.** El día 12 de diciembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella suscribe los criterios recogidos en el informe técnico aportado por la compañía aseguradora, concluyéndose que toda la actuación del servicio sanitario autonómico fue conforme a la *lex artis*.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de enero de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración

General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación presentada con anterioridad al día 4 de enero de 2016 (fecha en la que se registra de salida el escrito que la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios), lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la 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.

Con respecto a la legitimación pasiva, hemos de partir -en línea con lo señalado en nuestros Dictámenes Núm. 118/2015 y 82/2016- del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que en su artículo 80.1 define las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (antes llamadas mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) 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”. En definitiva, las mutuas son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia que colaboran en la gestión de la Seguridad Social.

Sobre la base de esa especial configuración jurídica, con elementos tanto públicos como privados, hemos de 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, y al respecto constatamos que las soluciones son dispares en nuestra jurisprudencia. Este Consejo Consultivo entiende, y así lo ha manifestado reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 249/2011 y 118/2015) 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. Compartimos así el criterio que sostiene el Consejo de Estado (Dictámenes Núm. 817/2009, 375/2010 y 908/2013), en cuanto 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”; criterio que el Alto Órgano Consultivo sintetizó en la sección de “Observaciones y sugerencias” de las *Memorias de los años 2012 y 2013*, aprobadas y publicadas conjuntamente en 2014, al señalar que “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)“.

Debe advertirse que, con posterioridad a este pronunciamiento del Consejo de Estado, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social en relación con el Régimen Jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, vino a establecer que “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” (artículo 68.4 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que se corresponde literalmente con el actual artículo 99.2 del Texto Refundido hoy en vigor). 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”. Más recientemente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vino a derogar la antecitada disposición adicional duodécima de la LRJPAC, la cual, por un lado, ordenaba encauzar por “la tramitación administrativa prevista en esta Ley” las reclamaciones presentadas frente a “entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud” -lo que abocaba a la aplicación del

procedimiento administrativo- y, por otro, residenciaba el recurso en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Omitida en la nueva regulación del procedimiento administrativo esta disposición, se concluye que el referido cauce se reserva ahora a las entidades de carácter administrativo, al no haber norma que lo extienda a la sustanciación de las reclamaciones por los servicios de otra naturaleza integrados en el Sistema Nacional de Salud, como ocurre con los centros sanitarios de las mutuas.

Nos enfrentamos así a un régimen transitorio, agotado con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, en cuya virtud cuando la reclamación de responsabilidad se dirigía únicamente frente a la mutua, imputándose a ella el daño de modo exclusivo, debía resolverse siguiendo “la tramitación administrativa” por la propia mutua, cuya resolución -o falta de resolución expresa- se asimilaba a un acto finalizador del procedimiento administrativo y tenía la consideración -hasta la entrada en vigor, el 1 de enero de 2015, de la reforma operada por la Ley 35/2014- de acto impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta línea, el Tribunal Supremo, al resolver conflictos de competencia entre Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, venía considerando como acto presunto, finalizador del procedimiento administrativo, la falta de resolución expresa de reclamaciones formuladas directamente frente a la mutua (entre otras, Sentencias de 10 de diciembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:7958-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, y de 22 julio de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4187-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª.). Tras la entrada en vigor de la nueva regulación, las reclamaciones dirigidas frente a la mutua no se sujetan ya al rigor de aquel procedimiento y la revisión de sus decisiones incumbe al orden social.

Ahora bien, en los supuestos en que se plantea la responsabilidad concurrente de la Administración sanitaria y una mutua patronal, dirigiéndose la acción frente a la primera, el régimen permanece inalterado. Es claro que el perjudicado puede accionar únicamente frente a la mutua y acudir después al orden social, asumiendo el riesgo de prescripción de la acción que le incumbe frente a la Administración. Pero, fuera de este supuesto, como ya señalamos

en nuestro Dictamen Núm. 147/2014, si “tal concurrencia efectivamente existiera la Administración ante la que se plantea la reclamación habría de resolver todas las cuestiones planteadas, y, en consecuencia, debería pronunciarse sobre la responsabilidad de cada una de las `administraciones´ (en sentido propio la Administración del Principado de Asturias y en sentido lato la mutua patronal, dado que, según viene reiterando el Tribunal Supremo, las mutuas patronales `realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud´ -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-), dando audiencia y participación en el procedimiento a la mutua afectada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, en relación con lo establecido en el artículo 140.2 de la LRJPAC sobre `responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas´”. Esta solución es concordante con las previsiones de los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto que residen en este orden jurisdiccional las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas frente a las Administraciones “aun cuando en la producción del daño concurren con particulares”, en cuyo caso “el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”. En definitiva, cuando la asistencia sanitaria haya sido prestada en un centro de la red pública y en un centro dependiente de la mutua la reclamación debe sustanciarse por el procedimiento administrativo, con audiencia y participación del ente colaborador, y parece que habrá lugar, en su caso, a una responsabilidad mancomunada -de faltar norma que imponga la solidaridad- en atención al grado de responsabilidad de cada uno en el resultado final.

En cuanto que la reclamación se dirige “de forma solidaria” contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, hemos de observar que el INSS es una Entidad Gestora de la Seguridad Social con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin que medie fórmula conjunta de actuación ni se objetive en este supuesto una concurrencia de distintas Administraciones en la producción del daño invocado. En abstracto,

podría apreciarse un título de imputabilidad concurrente cuando el daño resarcible se anudara a la irregularidad en el ejercicio de los cometidos de tutela e inspección sobre las mutuas, que atañen al INSS, pero no sucede así en este caso.

En cambio, en lo que afecta a los hospitales de la red pública autonómica, frente a los que también se acciona “de forma solidaria”, es claro que estos carecen de personalidad propia y es el Principado de Asturias el responsable de los daños derivados de su actuación.

Por tanto, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula la parte de la reclamación correspondiente a la asistencia llevada a cabo por los servicios públicos sanitarios, y no apreciamos tal legitimación en relación con el resto, dirigida a la actuación de los servicios médicos mutuales o el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

**TERCERA.-** En cuanto 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”. En el supuesto ahora examinado, queda acreditado que la reclamación se presenta con anterioridad al día 4 de enero de 2016, habiéndose diagnosticado la fractura de apófisis en junio de 2015, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**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 Responsabilidad Patrimonial. 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.

Ahora bien, advertimos en la práctica administrativa, y en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 163/2015, entre otros, y a las consideraciones allí realizadas nos remitimos. A ello se añade aquí la consignación de una fecha ilegible en el sello del registro de entrada de la reclamación; extremo que puede eventualmente suscitar confusión o controversia, si bien en este supuesto no es relevante en cuanto que consta por otros sellos de registro que se presentó en plazo.

Se observa, por otro lado, que la mutua desatiende el requerimiento administrativo dirigido a que se incorpore al expediente la documentación relativa a la asistencia que dispensó -invocando que solo a ella compete valorar su responsabilidad, sin consideración a la eventual concurrencia-, pero el trámite se ha cumplimentado y la omisión no impide un pronunciamiento en relación con la actuación de la Administración sanitaria, aunque sí respecto a la actividad de los servicios médicos de la mutua.

Asimismo se aprecia, en relación con las diligencias de prueba instadas por el interesado en su escrito inicial, que se prescinde de traer a las actuaciones el historial clínico obrante en los centros de salud que aquel refiere, y el hospitalario aportado no es completo. Si bien es presumible que esto obedece a la irrelevancia de los antecedentes que se omiten para el enjuiciamiento de la pretensión deducida, ello no dispensa de la necesidad de explicitar -en la resolución definitiva- el motivo de inadmisión de esa parte de la prueba documental solicitada, tal y como deriva del artículo 80.3 de la LRJPAC. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de

21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por último, reparamos en que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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 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.-** El reclamante interesa una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una atención sanitaria que reputa deficiente; en concreto, imputa al Servicio de Salud del Principado de Asturias y a una mutua colaboradora con la Seguridad Social la demora en la detección de una fractura de apófisis espinosa sufrida tras un accidente laboral, en cuanto que ese retardo diagnóstico es “determinante de la agravación de la lesión y de las secuelas (...) y la ansiedad” ligada al desconocimiento de la causa de sus dolencias.

Aunque no se objetiva en lo actuado el pretendido agravamiento de la lesión o sus secuelas por el transcurso del tiempo que media entre la asistencia dispensada con ocasión del accidente (10 de diciembre de 2014) y el diagnóstico de la fractura (29 de junio de 2015), sí queda constancia de los padecimientos -físicos y psíquicos- que se anudan a la tardía detección de aquella dolencia, por lo que hemos de dar por probada la existencia de unos daños.

Sentado esto, el reclamante basa su argumentación en la existencia de un nexo causal entre la actuación de los servicios sanitarios -del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de su mutua- y el daño sufrido, en cuanto que el retraso en el tratamiento de la lesión se imputa sustancialmente a la

Administración sanitaria. Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público. Por lo que se refiere al resto de reproches que efectúa, el análisis de los mismos no corresponde a la Administración autonómica, y en consecuencia no procede que este Consejo realice valoración alguna.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien

reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto planteado el reclamante se limita a afirmar -con marcada vaguedad, y sin soporte pericial alguno- que “no se detectó a tiempo la fractura de apófisis espinosa” por “no realizarse las pruebas médicas que aconsejaba el protocolo”, concretando únicamente que “no cabía descartar una `fractura por compresión´ que (...) se podría detectar realizando pruebas posteriores” a las practicadas el día del accidente. También sugiere que las complicaciones derivadas de la fractura de apófisis sufrida se hubieran evitado con un pronto diagnóstico.

En lo que atañe a los servicios médicos de la mutua, este Consejo no puede, tal y como señalamos en la consideración cuarta, pronunciarse sobre su actuación, al no haberse incorporado al expediente la documentación relativa al tratamiento por ella dispensado y versar los informes librados únicamente sobre la actividad de la Administración sanitaria.

En cuanto a esta, se observa que, frente a las meras afirmaciones del interesado, todos los informes técnicos aportados valoran la asistencia prestada en cada momento en relación con los protocolos, concluyendo que no hubo infracción alguna de la *lex artis ad hoc*, y los que se pronuncian sobre

la incidencia del retardo en las complicaciones que el paciente ahora sufre descartan esa ligazón, apreciando que son consustanciales a la lesión padecida. Así, en el informe librado por la Jefa del Servicio de Urgencias del Hospital "X", fechado el 14 de marzo de 2016, se reseña que el reclamante fue atendido el día del accidente "realizándosele exploración física completa, como consta en el informe médico de Urgencias, según *lex artis*, objetivándose, desde el punto de vista clínico, tras el accidente sufrido estabilidad hemodinámica, neurológica y respiratoria en exploración seriada y repetida (...). Se le realizó analítica completa y estudio electrocardiográfico, informado todo ello dentro de la normalidad, e igualmente estudios de imagen con práctica de escáner completo, según protocolo de atención al paciente politraumatizado, con realización de TAC craneal-facial, cervical, abdominal y eco abdominal, descartándose lesiones viscerales y músculo esqueléticas agudas postraumáticas, como consta en la información radiológica (...). No obstante y según protocolo, dado el mecanismo lesional, se dejó al paciente en observación en el Servicio de Urgencias hasta el día siguiente para vigilancia clínica y evolutiva, permaneciendo (...) estable (...), con buena evolución (...), sin objetivarse déficits neurológicos, con (...) alta a control y seguimiento por el médico de Atención Primaria y/o mutua (...), para lo cual se adjuntó informe médico con todas las pruebas realizadas y seguimiento clínico llevado a cabo según protocolo en estos casos en la Unidad de Observación del Servicio de Urgencias". En el informe elaborado por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del Hospital "Y" se aclara que cuando el paciente acude nuevamente a Urgencias el 25 de marzo de 2015 lo hace "por un cuadro clínico de dolor abdominal", y "nada hace sospechar que este episodio guarde relación con el motivo de la reclamación", alcanzándose el diagnóstico el 29 de junio de 2015 cuando acude por un "cuadro clínico sugestivo de síndrome cervical postraumático". En el informe pericial librado a instancias de la compañía aseguradora, cuyas apreciaciones confirma el técnico que elabora la propuesta de resolución, se concluye que "el paciente fue diagnosticado y tratado" por el Servicio de Salud del Principado de Asturias "el día 10-12-2014 poniendo a su servicio todos los recursos necesarios y

llevando a cabo los estudios indicados, incluyendo TAC. Con posterioridad (...) quedó a cargo de su mutua, al tratarse de un accidente laboral./ El día 25-03-2015 fue atendido en Urgencias por un motivo que nada tiene que ver con los hechos reclamados. En cualquier caso, el mero dolor cervical, sin clínica acompañante, no hubiera requerido de pruebas de urgencia./ En junio acude a Urgencias, esta vez sí, por dolor cervical, llevándose a cabo el diagnóstico de la fractura de apófisis espinosa”, por lo que concluye que toda la actuación de los facultativos “fue acorde a la *lex artis*”. En este informe se razona -sin que conste elemento alguno que lo contradiga- que el TAC es la “prueba de elección para el estudio de traumatismos (de) columna vertebral”, por ser una “técnica con más sensibilidad que las radiografías”, aunque “no se puede exigir que diagnostique el 100% de las fracturas. A menudo las fracturas no son visibles hasta transcurridos varios días, cuando pequeños desplazamientos, o el propio proceso de consolidación (...), muestran su existencia”.

Respecto a la invocada necesidad de “pruebas posteriores ante la posibilidad de una fractura por compresión”, se aprecia que “las fracturas por compresión son fácilmente objetivables en las pruebas complementarias iniciales. En cualquier caso, el seguimiento correspondería a la mutua y no al (Servicio de Salud del Principado de Asturias). Cabe mencionar, de todas formas, que el paciente no sufrió ninguna fractura por compresión”.

En cuanto a la incidencia del retraso en las ulteriores complicaciones, se observa que “se pretende relacionar la existencia de protrusión discal (...) con incipientes osteofitos con un retraso diagnóstico” cuando “los fenómenos objetivados son frecuentes y nada tienen que ver con la fractura”, y tampoco afecta el retardo a la complejidad de la cirugía o al abordaje de la dolencia, pues “la fractura no ha supuesto ninguna inestabilidad ni puesto en riesgo la integridad de la médula espinal, por lo que su tratamiento no hubiera sido quirúrgico”.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el paciente fue atendido con las técnicas oportunas de acuerdo con su sintomatología, y que las complicaciones y secuelas que

padece son las consustanciales al accidente sufrido, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,