

Expediente Núm. 242/2017  
Dictamen Núm. 266/2017

**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 26 de octubre 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 11 de agosto de 2017 -registrada de entrada el día 21 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 a raíz de la cirugía practicada por los servicios médicos de una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 10 de julio de 2017, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial, frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias y la mutua colaboradora con la Seguridad Social que identifica, por los daños derivados de una intervención quirúrgica que reputa innecesaria y que fue realizada por los servicios médicos de la mutua el día 16 de febrero de 2015.

Refiere que trabaja para el Servicio de Salud del Principado de Asturias como personal estatutario eventual, y que a raíz de un accidente de trabajo sufrido el 26 de julio de 2014 con "traumatismo en hombro izquierdo" le fue diagnosticada una "rotura de espesor completo con retracción del tendón de 13 mm que afecta aproximadamente al 80% del tendón supraespinoso".

Señala que "fue derivada para atención sanitaria a los servicios médicos de la mutua (...), al tener la empresa (...) concertada la póliza de cobertura de contingencias" profesionales con ella, y que para paliar las molestias que la lesión le causaba "aceptó ser sometida a una actuación quirúrgica (artroscopia) para la corrección de la citada patología de asiento en el supraespinoso"; sin embargo, la intervención que se llevó a cabo por los servicios médicos de la mutua "fue la tenotomía de la porción larga del bíceps, que (...) ni era el objeto de la intervención quirúrgica programada ni tampoco presentaba patología".

Explica que la cirugía practicada, "además de no haber sido efectiva para la corrección del estado clínico y consiguientes limitaciones que presentaba la paciente (...), ha incrementado, aún más, la limitación de la funcionalidad del hombro./ Por causa de la no efectividad de la actuación quirúrgica llevada a cabo el día 16-02-2015 la ahora reclamante no solamente ha sufrido un incremento en la limitación de la funcionalidad de su hombro izquierdo, sino que además ha precisado de otra actuación quirúrgica y ha visto alargado su periodo de convalecencia".

Respecto a los daños sufridos, reclama los correspondientes al periodo de incapacidad, en el que entiende comprendidos los días transcurridos entre el accidente de trabajo, producido el 26 de julio de 2014, y el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social el día 11 de julio de 2016; periodo del que -señala- "se pueden descontar 30 días" correspondientes a los que habría durado el posoperatorio de la intervención que debería haberse practicado "en condiciones normales". A lo anterior añade las secuelas por "limitación de la movilidad del hombro izquierdo", que valora en 11 puntos, y "trastorno represivo reactivo" que -según indica- le ocasionó el padecimiento físico, que

fija en 6 puntos, más la pérdida de “la posibilidad de ser nombrada para cubrir vacantes del Servicio de Contrataciones del Área Sanitaria III de Avilés, a la que se encuentra adscrita como personal estatutario eventual, en dos contrataciones en el año 2015 y tres en el año 2016”, y el daño correspondiente a “la imposibilidad de incrementar los puntos por servicios prestados, según el baremo de méritos para TCE (auxiliar de enfermería)”.

Solicita por todos los conceptos una indemnización de noventa y siete mil treinta euros con cuarenta y cuatro céntimos (97.030,44 €).

Afirma que “se reclama frente al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) y frente a la mutua (...), toda vez que esta última es entidad colaboradora en materia de accidentes y enfermedades profesionales, y tiene reconocido la jurisprudencia de forma unánime que el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial derivadas de negligencias médicas imputables a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es el contencioso-administrativo, al que habría que acudir una vez finalizada la vía administrativa que iniciamos con la presente” (cita al respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999 y 29 de octubre de 2001, Sala de lo Social).

Al escrito acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Diversos informes médicos relativos al proceso asistencial por el que reclama. b) Informe pericial elaborado el día 10 de marzo de 2017 por un especialista en Valoración Médica del Daño Corporal, Incapacidades Laborales y Minusvalías. c) Resolución de la Directora Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 11 de julio de 2016, por la que se reconoce que las lesiones que presenta la interesada son constitutivas de incapacidad permanente parcial. d) Baremo de méritos para TCE (auxiliar de enfermería).

**2.** El día 13 de julio de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Secretaría General del Servicio de

Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación “para su conocimiento y tramitación reglamentaria”.

**3.** Mediante escrito notificado a la interesada el 25 de julio de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica 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.

**4.** El día 28 de julio de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Tras citar diversos precedentes doctrinales y jurisprudenciales que entiende de aplicación, propone desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de legitimación pasiva de la Administración sanitaria.

**5.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de agosto 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, cuya copia aporta en formato digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos la siguiente consideración fundada en derecho:

**ÚNICA.-** 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.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Con respecto a la legitimación pasiva, y en línea con lo señalado en nuestros Dictámenes Núm. 118/2015, 82/2016 y 69/2017, hemos de partir 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 (entre otros, Dictámenes Núm. 908/2013 y 175/2014), en cuanto a 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 de estos últimos 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)”.

No obstante, 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 la 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 su 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.

Solo 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´”; referencia esta que debe hacerse en la actualidad al artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. 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 residencian 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.

Sin embargo no es este el caso que analizamos, pues, aunque la reclamación se dirige de forma “conjunta y solidaria” frente a la mutua y el Servicio de Salud del Principado de Asturias, la propia interesada identifica en exclusiva a la entidad colaboradora como autora de los actos sanitarios causalmente unidos al daño, sin que conste que el servicio público sanitario haya intervenido en dicho proceso asistencial. Por ello, entendemos que procede desestimar la pretensión deducida frente al Principado de Asturias por falta de legitimación pasiva de dicha Administración, al no ser titular de los servicios sanitarios frente a los que se dirige la reclamación, sin que quepa efectuar ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad que se imputa a la

mutua; pretensión esta que habrá de ejercitar la interesada, en su caso, ante el orden jurisdiccional social.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial formulada frente al Principado de Asturias 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,