

Expediente Núm. 19/2018  
Dictamen Núm. 87/2018

**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 10 de mayo de 2018, 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 16 de enero de 2018 -registrada de entrada el día 31 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, formulada por ....., por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida tras un accidente laboral.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 25 de julio de 2017, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial, deducida por una educadora social que presta servicios en una mancomunidad, por los daños que atribuye a la asistencia sanitaria dispensada con ocasión de un accidente de trabajo.

Expone que el día 25 de julio de 2016 sufrió “una caída casual durante su horario laboral, siendo trasladada de urgencia (...) al Hospital ..... en el que se le diagnostica fractura del tercio distal de tibia y peroné derechos”. Añade

que el 29 de julio del mismo año se la interviene quirúrgicamente “por el Servicio de Traumatología (...), realizándose osteosíntesis mediante placa atornillada en el peroné y enclavado intramedular encerrojado, produciéndose un colapso de la fractura tibial con acortamiento de la pierna, así como una fuerte actitud en rotación externa y migración distal del clavo intramedular, con prominencia del mismo dentro de la articulación del tobillo”.

Reseña que en diciembre de 2016 se le extrae el material de osteosíntesis en una clínica privada por derivación de su mutua, “persistiendo acortamiento de la pierna, rotación externa del pie y severa limitación funcional del tobillo”, y que “recibió tratamiento rehabilitador (...) consiguiéndose mejoría de la movilidad del tobillo, aunque no completa”, dándole el alta por estabilización lesional el 28 de abril de 2017 con las secuelas que refiere, las cuales -según indica- le impiden realizar su trabajo habitual, pues “camina con dificultad, presenta una fuerte rotación externa del pie y marcada cojera”.

Argumenta que “no se agotaron las posibilidades terapéuticas” y alude a una “insuficiente actuación médica” y a “la grave lesión generada por incorrecta intervención quirúrgica y atención inmediata posterior”, que le provocó “sufrimientos y mayores discapacidades”, y “con independencia de que no se sepa con absoluta certeza cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento aunque el mismo hubiera sido adecuado (...) procede apreciar la responsabilidad”, e “incumbe a la Administración probar que en su caso, con independencia del error, se hubieran producido las secuelas finalmente ocasionadas”.

Reclama por los días improductivos y las secuelas que describe una indemnización de doscientos veinticinco mil euros (225.000 €).

**2.** Con fecha 11 de agosto de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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.** Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, se incorporan al expediente la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital ..... y el informe librado por el responsable del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del referido centro.

En el informe, fechado el 21 de agosto de 2017, se constata que la paciente fue atendida el 25 de julio de 2016 por lesiones sufridas en accidente laboral con cargo a la mutua, a cuya petición es intervenida quirúrgicamente el 29 de julio realizándose limpieza de herida y osteosíntesis de la fractura mediante clavo intramedular. Se reseña que la evolución "fue satisfactoria y una radiografía de control realizada el día 30 de julio muestra la posición correcta del clavo y los tornillos con fractura reducida. No se aprecia hundimiento de la fractura ni rotación de los fragmentos", pasando a ser controlada por su mutua.

Se afirma que la atención dispensada a la paciente "se ajustó a la *lex artis*" en el tratamiento de urgencia, la intervención quirúrgica practicada y los controles posteriores hasta el alta, especificándose que hubo control radiográfico correcto en dos proyecciones el día siguiente a la intervención.

Se concluye que "las lesiones generadas posteriormente a una correcta cirugía, como en este caso, deben ser controladas y resueltas en los controles periódicos que siguen este tipo de pacientes".

En la historia clínica obra el documento de consentimiento informado para "osteosíntesis de fracturas diafisarias" firmado por la paciente y el facultativo el 26 de julio de 2016, en el que se contemplan los riesgos de "consolidación en mala posición" y de "acortamiento del miembro y/o mal rotación del mismo".

**4.** Librado "trámite de audiencia" a la mutua que atendió a la reclamante, esta presenta, el 28 de septiembre de 2017, un escrito en el que interesa la desestimación de la reclamación presentada.

Se acompaña al mismo un informe librado por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, fechado el 19 de septiembre de 2017, en el que, tras detallarse la intervención hospitalaria y la posterior atención dispensada

por la mutua, se puntualiza que “con fecha 14-6-17, en valoración de secuelas”, el Instituto Nacional de la Seguridad Social “determina lesiones permanentes no invalidantes”.

Se concluye que “la paciente fue atendida y tratada de sus lesiones en los plazos y con todos los medios técnicos indicados para este tipo de lesiones, tanto en el H. San Agustín como en esta mutua (...). En periodo posoperatorio se presentó complicación por movilización de sistemas de síntesis e impactación de estos, ajustándose los tratamientos con descarga, RHB y extracción de materiales en tiempo y procedimientos correctos según la nueva situación (...). Este tipo de complicaciones se consideran de las previsibles y más habituales en este tipo de cirugía, y también fue tratada en plazo y con técnica correctas”.

Se adjuntan el documento de consentimiento informado para la retirada del material de osteosíntesis, los partes de baja y alta, el informe médico de síntesis librado el 23 de mayo de 2017 (refiere “finalizado tto. rehabilitador con acortamiento de 2,5 cm de MID corregido con alza y con una rotación de pierna del 20 %”) y la Resolución de la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 7 de junio de 2017, que fija una prestación por “lesiones permanentes no invalidantes” de (2.365,00 €), acompañada del dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, fechado el 31 de mayo de 2017, en el que se cuantifican cicatrices y acortamiento de una pierna. Constan también los particulares relativos a la tramitación seguida por la mutua y la reclamación previa que la interesada presenta frente a la resolución administrativa en la que se aprecian lesiones permanentes no invalidantes, pretendiendo una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

**5.** Con fecha 29 de octubre de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe colegiado tres especialistas en Traumatología y Ortopedia. En él se repara en que la paciente, “con antecedentes médicos de (...) obesidad mórbida (...) y síndrome ansioso depresivo y quirúrgicos de (...) fractura de tobillo”, es diagnosticada adecuadamente en el hospital (...). Se aplicó el protocolo de fracturas abiertas, procediéndose con carácter de urgencia a la

limpieza y sutura (de) la herida (...). Tras correcta evolución de la herida se indicó y realizó la práctica de una osteosíntesis de la fractura tibial mediante enclavado endomedular encerrojado (...), técnica de elección para las fracturas diafisarias de la tibia (...). Tras correcta evolución posoperatoria la paciente fue dada de alta hospitalaria con instrucciones de seguir control evolutivo" en su mutua, "dado el carácter laboral del accidente que originó la lesión (...). En dicho centro se prosiguió estricto control evolutivo de la lesión (...) y se indicó la práctica de rehabilitación en los plazos correctos".

Tras describir las alteraciones en el proceso de consolidación, reseñándose "discreta extrarrotación tibial, cuantificada por los diferentes especialistas que asistieron a la paciente entre los 10º y 20º, disrotación habitual tras el empleo de la técnica de enclavado intramedular y que no presupone la aparición de limitación funcional alguna", afirman que "la presencia de un discreto acortamiento tras un enclavado tibial es habitual", apreciándose que la "dismetría tibial real es muy inferior a los 2,5 cm descritos en el estudio telerradiográfico, con alta probabilidad inferior a 1 cm", siendo el resto de la disimetría secundaria a otros factores, por lo que se desecha razonadamente la protrusión de material de síntesis o del clavo en la articulación del tobillo y descartan "por completo la existencia de una perforación tibial distal".

En cuanto al enclavado practicado en el hospital, advierten que "todo este material se extrajo en la segunda intervención practicada a la paciente en diciembre de 2016, por lo que no puede considerarse secuela la existencia de osteosíntesis", y puntualizan que "en esa segunda intervención se aprovecharon las incisiones para realizar la extracción de la placa atornillada del maléolo peroneo implantada en el año 2002 como tratamiento de la fractura de tobillo que sufrió la paciente. No se procedió a la extracción de los tornillos maleolares implantados también en aquella intervención posiblemente por encontrarse en una zona alejada de las incisiones practicadas para la extracción del clavo intramedular".

Respecto a las cicatrices, reseñan que son "consecuencia segura de la cirugía".

Concluyen que tanto los servicios médicos del hospital como los de la mutua “se ajustaron perfectamente a las consideraciones de la *lex artis ad hoc*, utilizando todos los medios materiales y humanos para llegar al diagnóstico de certeza y realizar el tratamiento preciso, manteniendo a la paciente perfectamente informada de los avatares de su evolución y realizando un seguimiento estricto de su patología”.

**6.** Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a la interesada el 28 de noviembre de 2017, un representante de la misma comparece el 7 de diciembre de 2017 en las dependencias administrativas y obtiene una copia del expediente.

El día 21 de diciembre de 2017 presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se ratifica en su escrito inicial y, tras matizar que “es obesa (...) pero no mórbida”, afirma que entre “los riesgos propios y personalizados de la paciente” que se describen en el documento de consentimiento informado “no se contemplan ninguno de los que se dieron”. Invoca la doctrina del daño desproporcionado e imputa una mala praxis tanto a la intervención quirúrgica hospitalaria como al “tratamiento posterior”.

**7.** Con fecha 3 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se aprecia que la asistencia dispensada, tanto en el hospital como en la mutua, se ajustó en todo momento a la *lex artis*, y que “las secuelas que presenta son propias de la patología que sufría”. Se tilda de “sorprendente” la afirmación vertida en el escrito de alegaciones relativa a que los riesgos y complicaciones que se concretaron no se contemplan en el documento de consentimiento informado cuando allí se encuentran “específica y literalmente la consolidación en mala posición, el acortamiento del miembro y/o la mal rotación del mismo”, precisando que “estas son precisamente las secuelas que, en mucha menor magnitud que la señalada por la reclamante, se han materializado”.

**8.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de enero de 2018, 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 según 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, de conformidad con 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 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, se repara en que la perjudicada acciona por un resultado final -su precaria movilidad- que atribuye a la intervención quirúrgica hospitalaria y al "tratamiento posterior", debiendo entenderse que ese daño se imputa tanto a la actuación del centro hospitalario público que realiza la osteosíntesis como a la atención dispensada por la mutua colaboradora que se ocupa del seguimiento.

En línea con lo señalado en nuestros Dictámenes Núm. 69/2017, 266/2017 y 74/2018, 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. Sobre la base de su especial configuración jurídica, con elementos tanto públicos como privados, 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)".

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, residenció en el orden social esta materia (actual artículo 99.2 del Texto Refundido hoy en vigor), y 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. En suma, 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", de conformidad con lo dispuesto en el 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 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". Por tanto, 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 definitiva, tanto el Principado de Asturias como la mutua se encuentran pasivamente legitimados en el procedimiento que aquí se ventila.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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, la reclamación se presenta con fecha 25 de julio de 2017, por lo que, deducida frente a los daños que suceden a la cirugía realizada el 29 de julio de 2016, es claro, sin necesidad de acudir a la fecha de estabilización lesional, que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, se repara en que el trámite de audiencia a la mutua se ventila prematuramente -cuando obran en el expediente la reclamación inicial, la historia clínica y el informe del servicio hospitalario que atendió a la paciente-, incorporándose con posterioridad a las alegaciones de la mutua el informe librado a instancias de la compañía aseguradora, del que no se le da traslado. En rigor, el ente colaborador ostenta en este procedimiento la condición de interesado y el trámite de audiencia debió ventilarse inmediatamente antes de la propuesta de resolución, con independencia del

oportuno traslado de la reclamación inicial. Ahora bien, la mutua afectada ha presentado alegaciones precisas a la vista de la reclamación y del proceso asistencial, aportando pericial, y con posterioridad únicamente se ha incorporado a las actuaciones el informe librado a instancias de la entidad aseguradora, del que no se deduce elemento o consideración que interfiera o perjudique la posición de aquella, por lo que se revela estéril la retroacción del procedimiento.

Asimismo, se aprecia 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 21 y 24.3, letra b), de la referida LPAC.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.-** Reclama la interesada el resarcimiento del daño que atribuye a la atención sanitaria dispensada con ocasión de un accidente laboral en el que sufre una fractura de tibia y peroné, argumentando que tras ser intervenida se produjo "un colapso de la fractura tibial con acortamiento de la pierna (...) y migración distal del clavo intramedular con prominencia del mismo dentro de la articulación del tobillo", y que hubo una mala praxis médica o "no se agotaron las posibilidades terapéuticas", quedándole unas secuelas que le impiden realizar su trabajo habitual.

Acreditado que la reclamante ha sufrido un daño, aunque su entidad resulta controvertida -constando que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoce y resarce lesiones permanentes no invalidantes, lo que la perjudicada impugna mediante reclamación previa-, hemos de detenernos en la eventual duplicidad indemnizatoria.

Ante todo, advertida la condición de empleada pública de la perjudicada, hemos de reparar en que no estamos ante una reclamación deducida por daños sufridos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de las funciones que presta al servicio de la Administración. La interesada no acude a la vía de la responsabilidad patrimonial como cauce alternativo o complementario para la reparación del perjuicio derivado del accidente de trabajo, sino como paciente del sistema público sanitario que imputa un daño a una mala praxis médica. Ahora bien, ese daño es sustancialmente el mismo que el resarcido por la acción protectora de su régimen específico de la Seguridad Social, en cuyo seno se han cuantificado las secuelas que en definitiva presenta tras el percance sufrido y el proceso asistencial. En cualquier caso, la reclamante invoca también algunos daños ajenos al hecho del accidente y a la compensación derivada de su régimen de Seguridad Social, como los “sufrimientos y mayores discapacidades” provocados por la incorrecta actuación de los profesionales sanitarios, por lo que hemos de abordar la concurrencia de otro de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial; en concreto, si el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público y si resulta antijurídico.

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, debe valorarse si se respetó la *lex artis ad hoc*, entendiendo 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.

En el caso analizado se advierte que todos los informes técnicos incorporados al expediente, tanto de la Administración como de la mutua, descartan cualquier mala praxis en la actuación de los servicios sanitarios. La interesada se limita a afirmar esa mala praxis -con marcada vaguedad, sin ulterior concreción ni soporte pericial alguno-, añadiendo que “no se agotaron las posibilidades terapéuticas”, e invoca confusamente la doctrina del daño desproporcionado -para invertir la carga de la prueba- cuando es manifiesto que las secuelas que relata son propias de la fractura sufrida y la cirugía de osteosíntesis y se contemplan en el documento de consentimiento informado (la consolidación en mala posición, el acortamiento del miembro y la mal rotación del mismo). En el informe médico aportado por la mutua se concluye, razonadamente, que las complicaciones surgidas “se consideran de las previsibles y más habituales en este tipo de cirugía, y también fue tratada en plazo y con técnica correctas”. Igualmente, en el emitido por la compañía aseguradora, librado colegiadamente por tres especialistas en Traumatología y Ortopedia, se aprecia que tanto los servicios médicos del hospital como los de la mutua “se ajustaron perfectamente a las consideraciones de la *lex artis ad hoc*, utilizando todos los medios materiales y humanos para llegar al diagnóstico de certeza y realizar el tratamiento preciso”. En el mismo sentido, el técnico que suscribe la propuesta de resolución concluye que los riesgos descritos en el consentimiento informado “son precisamente las secuelas que, en mucha menor magnitud que la señalada por la reclamante, se han materializado”. Además, algunas de las afecciones que se denuncian ni siquiera pueden considerarse, pues los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora desechan razonadamente -sin criterio que lo contradiga- la protrusión de material de síntesis, descartando “por completo” la existencia



de perforación tibial distal. En definitiva, no se objetiva infracción alguna del buen quehacer médico ni cabe suplantar el parámetro de la *lex artis* por una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse a los servicios sanitarios la responsabilidad del daño sufrido por la interesada, quien tiene el deber de soportar la materialización de un riesgo típico asumido en el consentimiento informado.

Tampoco puede soslayarse -como antes adelantamos- que, aunque concurriera un título de imputación, no procedería estimar la reclamación indemnizatoria al amparo del régimen de responsabilidad patrimonial si la compensación reconocida al amparo del régimen específico de protección ha supuesto una reparación adecuada, teniendo presente que los daños que se objetivan se encuentran cubiertos por ese régimen protector. En efecto, las lesiones permanentes no invalidantes causadas por accidentes de trabajo merecen en nuestro sistema, a diferencia de las derivadas de causas comunes, una indemnización a tanto alzado conforme al “baremo anejo a las disposiciones de desarrollo” 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 (artículo 201). Esta misma Ley nos proporciona, en su artículo 203, un criterio de compatibilidad de esa compensación, que solo puede acumularse a las prestaciones económicas establecidas para la incapacidad permanente cuando las lesiones invocadas “sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal incapacidad permanente y el grado de la misma”.

En el supuesto planteado no se objetivan secuelas distintas de las valoradas en la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (cicatrices y acortamiento de una pierna, que el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades cuantifica en 2.365,00 €). Respecto a esas lesiones, y en virtud de lo que la jurisprudencia denomina “instituto de la plena indemnidad”, no cabe excluir de plano el procedimiento de responsabilidad patrimonial como cauce complementario de indemnización cuando las vías de resarcimiento específicas hayan sido notoriamente insuficientes para la “reparación integral” del daño (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio



de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:4117-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la compatibilidad entre las prestaciones derivadas de los sistemas de protección social y las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, pero en un marco limitado, de un lado, por el principio de indemnidad, que se garantiza, y, de otro, por el de enriquecimiento injusto, que se proscribe. Así lo afirma el Alto Tribunal en la Sentencia de 1 de febrero de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:602-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, cuando indica que “no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial de la plena indemnidad o de la reparación integral”. Referida esta doctrina al resarcimiento de un mismo daño por dos cauces distintos, resulta aquí de aplicación. No obstante, estando ante secuelas “baremadas” tampoco podemos orillar que el artículo 34.2 de la LRJSP se remite indistintamente, como parámetro para su cuantificación, “a la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social”. En suma, podrían merecer una compensación adicional cuando la percibida se revele manifiestamente insuficiente, y teniendo presente que la eventual insuficiencia de las prestaciones percibidas no se presume, sino que debe ser acreditada por quien reclama.

En el supuesto ahora examinado la interesada no aporta documento o argumento alguno que pudiera conducir a este Consejo a apreciar la concurrencia de algún daño o perjuicio que merezca una atención distinta. Consta en el expediente la reclamación previa interpuesta frente a la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que fija la prestación por “lesiones permanentes no invalidantes”, persiguiendo la recurrente una declaración de incapacidad total cuya suerte se desconoce; pero es, en cualquier caso, en ese específico procedimiento donde debe ventilarse el verdadero alcance de las lesiones sufridas.

En conclusión, el daño por el que se reclama es el propio del accidente laboral, que atañe a la relación de empleo de la perjudicada sin incidencia de la

atención sanitaria dispensada, y que ha sido objeto de una indemnización tramitada y resuelta por el procedimiento específico que el ordenamiento jurídico tiene establecido al efecto.

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,