

Dictamen Núm. 136/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de junio de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de abril de 2023 -registrada de entrada el día 24 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria prestada por una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 17 de enero de 2023, el interesado presenta en el Registro Electrónico de la Administración una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Salud- por los daños derivados de la atención prestada por una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Expone que “tuvo un accidente de tráfico durante el desarrollo de su actividad laboral el 2 de febrero de 2020. Como consecuencia del mismo ingresa en el Servicio de Traumatología” del Hospital, dependiente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, “con diagnóstico de `fractura transversa de

rótula y fractura de falange distal del tercer dedo de la mano izquierda'. El 5 de febrero es intervenido quirúrgicamente, practicándosele reducción y osteosíntesis con obenque de fractura transversa de rótula (...). El 10 de febrero es alta hospitalaria”.

Indica que, “dado que se trató de un accidente laboral, el seguimiento de su evolución clínica corrió a cargo de su mutua laboral (...). Tras reposo forzado con ortesis de bloqueo en extensión, inicia tratamiento rehabilitador el 9 de marzo de 2020. Se le realizan por parte de la mutua dos tacs. Uno el 19 de junio de 2020 en el que se le aprecian signos de consolidación y otro el 11 de agosto de 2020 en el que se aprecia una mejora de la consolidación pero sin haberse producido una consolidación completa de la fractura, especialmente de los fragmentos periféricos, tal y como acreditan los informes de radiodiagnóstico realizados tanto el 22 de junio (...) como el 11 de agosto de 2020 (...). Sin embargo, y a pesar de esa ausencia de consolidación completa de la fractura, la mutua decide extraer el material de osteosíntesis, intervención que tiene lugar el 20 de agosto de 2020” en un hospital privado, iniciando “el 2 de septiembre de 2020 (...) el tratamiento rehabilitador”.

Manifiesta que “la producción de estas lesiones se debe a una retirada precoz del material de osteosíntesis el 20 de agosto de 2020 cuando la fractura no se encontraba todavía consolidada, siendo reintervenido con las complicaciones surgidas (...) y la limitación funcional que terminó siendo evaluada por parte de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social con el grado de incapacidad permanente total. Es opinión común en la literatura médica especializada que los materiales de osteosíntesis no deben (...) retirarse antes de un año. La retirada de un clavo o una placa antes de tiempo puede ocasionar una re-fractura, en especial en miembros inferiores, como ha ocurrido en este caso. Por lo tanto, esa retirada prematura del material de osteosíntesis apenas a los seis meses de su implantación sin causa médica que lo justificara que propició una re-fractura es la causa que ha generado todos los daños, padecimientos y secuelas posteriores que ha padecido”.

Puntualiza que “el título de imputabilidad de la Consejería de Salud del Principado de Asturias no se deriva de la responsabilidad directa e inmediata de los servicios de salud del Principado de Asturias en este caso, sino que nos encontramos ante un indudable caso de responsabilidad patrimonial de la Administración derivado de una negligencia médica en la asistencia sanitaria prestada por una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Siendo esto así, también es indudable que son atribuibles al orden jurisdiccional contencioso las reclamaciones por responsabilidad patrimonial que puedan formularse frente a esas mutuas con fundamento en una posible ejecución negligente o defectuosa de la asistencia sanitaria que asumen. También es indudable (...) que las mutuas son asociaciones privadas y, por tanto, no entran dentro de las previsiones del art. 1 LJCA. Por otra parte, las mutuas no tienen capacidad para tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial como el previsto por las leyes, con dictamen del Consejo Consultivo incluido. Tampoco pueden dictar actos administrativos en la materia, ni ofrecer recurso de reposición, alzada o contencioso-administrativo, ni mucho menos les son de aplicación la institución del silencio administrativo./ La jurisprudencia entiende que la responsabilidad de la mutua debe ser reclamada por el particular, en vía administrativa, a la Administración, la cual debe tramitar el procedimiento administrativo correspondiente con intervención de la mutua y dictamen del Consejo Consultivo para, finalmente, declarar si la mutua es responsable y en qué cuantía, pudiendo impugnar esta decisión tanto la mutua como el interesado en un régimen equivalente, salvando las distancias, al que recoge el art. 196.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (...). No se está afirmando, por tanto, que la responsabilidad patrimonial corresponde a la Consejería de Salud del Principado de Asturias, sino que solamente (se) entiende que le corresponde a dicha Administración la competencia para declarar en vía administrativa la responsabilidad patrimonial, o no, de la mutua por una ejecución negligente o defectuosa de la asistencia sanitaria prestada por esta”.

Cuantifica la indemnización que reclama en ciento cuarenta y dos mil ciento once euros con seis céntimos (142.111,06 €).

Adjunta diversos informes y documentación relativos al proceso de referencia.

2. Mediante escrito notificado al interesado el 8 de marzo de 2023, la Jefa de la Sección de Apoyo 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.

3. El día 3 de abril de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, 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.

4. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de abril de 2023, 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 Salud, 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.

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 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, y en línea con lo señalado en los Dictámenes Núm. 266/2017, 74/2018 y 249/2020, 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 a 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 8.1, 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, debemos 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.

Ciertamente, no es ésta una cuestión exenta de controversia, hasta tal punto que el Consejo de Estado en las “Memorias de los años 2012 y 2013” constataba “las insuficiencias del marco normativo aplicable a las reclamaciones fundadas en los daños imputados a la asistencia sanitaria recibida de una mutua patronal”, añadiendo que “se considera preciso que se clarifiquen en el ordenamiento los límites de las competencias de las Administraciones del Estado y autonómicas y de las mutuas en este ámbito, en línea con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, que ofrecen criterios claros y precisos a tal fin”. Esta última afirmación, no obstante, se ha visto alterada por la diversidad de pronunciamientos judiciales al respecto. Así, en algunos de ellos se ha sostenido que aunque la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria sea imputable a la mutua la competencia para conocer de la reclamación de responsabilidad patrimonial es atribución de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma incumbida (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2022 -ECLI:ES:TSJM:2022:8112-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 7 de mayo de 2018 -ECLI:ES:TSJCLM:2018:1318-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª); este criterio se mantiene también en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 9 de marzo de 2022 -ECLI:ES:TSJCLM:2022:10A- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), que declara que “la responsabilidad de la mutua debe ser reclamada por el particular, en vía administrativa a la Administración, la cual debe tramitar el procedimiento administrativo correspondiente con intervención de la mutua y dictamen del Consejo Consultivo para, finalmente, declarar si la mutua es responsable y en qué cuantía”.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen 444/2018 -en el que aborda precisamente una reclamación de responsabilidad patrimonial (en este caso, frente al Instituto Nacional de Seguridad Social) por los daños derivados de la asistencia prestada por los servicios médicos de una mutua colaboradora- señala que “es doctrina reiterada del Consejo de Estado (...) que las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (antes mutuas de accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales), 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. En este sentido, el artículo 80 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) las define como `asociaciones privadas de empresarios´ (cuyos asociados asumen responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esa ley -y, en particular, en su artículo 100-) que tienen por objeto el desarrollo, entre otras actividades, de la gestión de la asistencia sanitaria comprendida en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en los términos previstos en el artículo 80.2 de la misma ley. Su artículo 82 dispone que las prestaciones sanitarias allí contempladas serán dispensadas a través de los medios e instalaciones gestionados por las mutuas (mediante convenios o conciertos, en los términos legalmente previstos)./ Por tanto, a juicio del Consejo de Estado, las mutuas responden directamente (sin perjuicio de los convenios o pactos que al efecto hayan podido acordar, y sin perjuicio de que, en su caso, pueda entrar en juego la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados), y los perjudicados pueden dirigirse directamente a ellas (artículo 99 de la LGSS)./ De las notas características del régimen jurídico de las mutuas, en definitiva, no cabe deducir que estas y la Administración titular de la potestad de tutela presten en colaboración los servicios de atención a los mutualistas. La colaboración se produce en la `gestión del sistema´, no en la realización y prestación de los servicios asumidos por la mutua en cuestión. Las mutuas no son Seguridad Social, sino asociaciones de empresas constituidas para facilitar la gestión de la Seguridad Social, que responden por sí mismas de todas sus obligaciones legales o contractuales. Por consiguiente, la Administración no ofrece servicios médicos ni selecciona al personal que los presta ni tiene margen alguno de colaboración en la prestación de dichos servicios, por lo que no asume responsabilidad alguna sobre esos extremos”.

Tal parecer se reitera en el Dictamen 38/2019, en el que el Consejo de Estado señala que “los trabajadores tienen que reclamar los daños sufridos a consecuencia del mal funcionamiento de la asistencia sanitaria prestada por las mutuas únicamente frente a estas, y no frente a las Administraciones públicas ni frente a las entidades gestoras de la Seguridad Social. Pueden, y deben, dirigirse directamente a las mutuas, sin necesidad de hacerlo a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, titular de la potestad de tutela, ni tampoco a través del INSS, pues ninguno de ellos asume responsabilidad alguna por la actuación de los servicios médicos de las mutuas. Tales servicios no son prestados por la Administración ni esta selecciona al personal que los presta ni tiene intervención alguna en la prestación de dichos servicios”.

En el mismo sentido se pronuncian también otros órganos consultivos, pudiendo traerse a colación, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, los Dictámenes 252/2020 del Consejo Consultivo de Andalucía y 440/2015 del Consejo Consultivo de Castilla y León.

Por nuestra parte, este Consejo Consultivo entiende, coincidiendo con la posición mantenida por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 (por todos, Dictámenes Núm. 249/2011 y 118/2015). Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias ha señalado en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1435- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) que “ni el SESPA asume ninguna obligación ni responsabilidad por la asistencia médica que presten las mutuas a sus asociados, ni (el centro) donde fue asistido el actor es una entidad perteneciente al SESPA, ya que es de carácter privado, ni el SESPA tiene ningún poder de dirección ni control sobre las mutuas patronales ni sobre los centros sanitarios privados, por lo que no es posible imputarle responsabilidad alguna como consecuencia del tratamiento médico-asistencial que le haya sido realizado al actor”.

Tal y como manifestamos en el Dictamen Núm. 74/2018, salvo en los supuestos en los que se plantea la responsabilidad concurrente de la Administración sanitaria y una mutua, dirigiéndose la acción frente a la primera, procede que la Administración tramite un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que ha de preservarse la continencia de la causa. Conforme reseñamos en el 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 LRJSP. En definitiva, cuando la asistencia sanitaria objeto de controversia haya sido prestada en un centro de la red pública y en un centro dependiente de la mutua la reclamación debe sustanciarse por la Administración conforme al procedimiento administrativo, con audiencia y participación del ente colaborador.

Sentado lo anterior, resulta notorio que el caso que ahora nos ocupa no es un supuesto de responsabilidad concurrente, puesto que el propio interesado residencia, en exclusiva, la "negligencia médica en la asistencia sanitaria prestada por una mutua", y admite que los servicios sanitarios públicos no han tenido intervención alguna en las decisiones y actuaciones a las que anuda el daño. A mayor abundamiento, en este caso es pacífica -se asume por el propio reclamante- la falta de legitimación pasiva de la Administración, frente a la que no se deduce responsabilidad, señalando únicamente que a tenor de algunos

pronunciamientos judiciales “le corresponde a dicha Administración la competencia para declarar en vía administrativa la responsabilidad patrimonial, o no, de la mutua por una ejecución negligente o defectuosa de la asistencia sanitaria prestada por esta”.

A la luz de esos pronunciamientos, que no son mayoritarios ni uniformes, postula el reclamante que “la responsabilidad de la mutua debe ser reclamada por el particular, en vía administrativa, a la Administración, la cual debe tramitar el procedimiento administrativo correspondiente con intervención de la mutua y dictamen del Consejo Consultivo para, finalmente, declarar si la mutua es responsable y en qué cuantía, pudiendo impugnar esta decisión tanto la mutua como el interesado”. Defiende el perjudicado esa doctrina razonando que se trata de “un régimen equivalente, salvando las distancias, al que recoge el art. 196.3 de la Ley de Contratos del Sector Público”, procurando con ello una integración del ordenamiento a través de la aplicación analógica de las normas, prevista por el artículo 4.1 del Código Civil.

En dicho contexto, este Consejo estima que -en tanto no medie una reforma legislativa, como apuntaba el Consejo de Estado en la memoria reseñada- la Administración carece de título para condenar a la mutua frente a un tercero, sin que el privilegio de autotutela en el que se funda esa previa decisión administrativa pueda expandirse extramuros de la Administración sanitaria cuando a esta no se le imputa ningún tipo de responsabilidad. Admitido pacíficamente que la Administración no responde de los daños causados por la mutua, el supuesto no guarda analogía con el invocado en aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pues en esa relación contractual la Administración asume la supervisión de la ejecución del contrato y la facultad de adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias (poder de dirección) con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada; extremos que no encuentran analogía alguna con el vínculo que relaciona a la Administración con las mutuas colaboradoras, respecto de las cuales solamente asume las funciones de dirección y tutela -que, por un lado, se hallan limitadas a la gestión del sistema y, por otro, resultan ajenas a la

Administración sanitaria- y únicamente en lo que atañe al control en los ámbitos organizativo, económico-presupuestario, patrimonial y contractual, permaneciendo todo ello al margen de la concreta asistencia sanitaria prestada a los mutualistas por parte de los servicios médicos adscritos a tales entidades colaboradoras.

Este criterio ha de mantenerse en tanto no medie reforma legal o se consolide una jurisprudencia que aboque a un razonamiento distinto, observándose que se trata de un posición razonada y fundada, alineada con los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y con la doctrina consultiva, sin que puedan pesar aquí las dificultades de las mutuas para sustanciar las reclamaciones y emitir una resolución pues ya lo vienen haciendo en otros ámbitos sometidos a la posterior revisión judicial.

Ciertamente -en contra de lo que se apunta en la propuesta de resolución-, la competencia para la revisión de la decisión de la mutua sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por su asistencia sanitaria está atribuida al orden contencioso-administrativo y no al social, pero esto no incide sobre lo razonado pues, como pone de manifiesto el Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:12862A- (Sala Especial de Conflictos de Competencia, Sección 42.ª), esa atribución responde a “la evolución normativa y jurisprudencial” que “tiene como finalidad unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos atribuyéndola a la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que existía y garantizando la uniformidad jurisprudencial”.

Dado que en este singular supuesto el interesado sólo pretende que la Administración sustancie la reclamación que plantea frente a la mutua reconociendo al mismo tiempo que la responsabilidad patrimonial no corresponde a la Administración en ningún grado, este Consejo considera que la desestimación no ha de fundarse en la ausencia de legitimación pasiva -ya asumida *ab initio*- sino en la falta de competencia de la Administración a la que se dirige para condenar al ente colaborador -como postula el reclamante-; sin que proceda, en suma, efectuar ningún pronunciamiento sobre la

responsabilidad que se imputa a la mutua, a la que debe remitirse la reclamación presentada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede que por la Administración se sustancie la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida únicamente frente a la mutua 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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.