

Dictamen Núm. 183/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
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 20 de julio de 2023, por medios electrónicos, 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 12 de mayo de 2023 -registrada de entrada el día 22 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 8 de febrero de 2023, el interesado presenta en el Registro Electrónico de la Administración una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Salud del Principado de Asturias- por los daños derivados de la atención sanitaria prestada por una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Expone que el día 30 de marzo de 2022 fue atendido por los servicios de la mutua “aquejado de un dolor en el codo izquierdo que relacionó con las funciones propias de su puesto de trabajo”, por lo que tras examinarle “lo catalogan como accidente de trabajo” y le indican la necesidad de hacerle una ecografía. Esta prueba se realiza en una clínica privada el 8 de abril de 2022 y en ella se concluye un “estudio normal”, por lo que la mutua “no da la baja laboral” al reclamante y le condena “a continuar trabajando con fuertes dolores”. El 26 de julio de 2022 acude a la Fundación Hospital y le comunican “que el dolor que tiene en el codo izquierdo es una epicondilitis”.

Señala que el 21 de septiembre de 2022 la clínica privada “emite un informe de revisión de la ecografía que hizo el 8 de abril de 2022” en el que “reconoce sus errores y ahora sí diagnostica una importante epicondilitis”. Denuncia que “el error cometido en la realización de la prueba (...) ha provocado que (...) haya tenido que trabajar desde el 8 de abril de 2022 hasta que se le da de baja laboral en fecha 3 de octubre de 2022”, por lo que “ha acudido con dolor a su puesto de trabajo”.

Sostiene que, “por extensión, la errática asistencia sanitaria prestada por la mutua determinaría la responsabilidad de la Administración a la que nos dirigimos, por cuanto esta ejerce las funciones de tutela y vigilancia sobre las mismas en lo que se refiere al cumplimiento de sus funciones”.

Cuantifica la indemnización que reclama en quince mil ciento cuarenta y ocho euros con ochenta céntimos (15.148,80 €), tomando en consideración la base de cotización “multiplicada por los seis meses que (...) estuvo trabajando consecuencia del error de diagnóstico”.

Adjunta diversos informes y documentación relativos al proceso de referencia.

2. Mediante escrito notificado al interesado el 5 de abril 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.

Asimismo, le informa que si desea actuar asistido por un letrado en este procedimiento ha de acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho, según dispone el artículo 5.4 de la Ley 39/2015.

3. El día 17 de abril de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora propuesta de resolución. 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 12 de mayo 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 de 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 afirma 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 su 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, es 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, cuando 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.

Sin embargo, no es este el caso que analizamos, en el que el propio interesado identifica en exclusiva a la entidad colaboradora como autora de la atención sanitaria causalmente unida al daño -al imputarle un error diagnóstico de la epicondilitis que sufría por no detectar esta patología en la ecografía que se le realizó en una clínica privada, donde acude por indicación de la mutua-, sin que el servicio público haya tenido intervención en las decisiones y actuaciones a las que anuda el daño. Tal y como razonamos en el Dictamen Núm. 136/2023, “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”.

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 procede desestimar la pretensión deducida frente al Principado de Asturias al no ser responsable de la actuación sanitaria de las mutuas ni titular de los servicios sanitarios a los que se efectúa el reproche, sin que quepa realizar ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad que se imputa a la mutua; pretensión esta que habrá de ejercitar el interesado, en su caso, ante la mutua colaboradora.

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.