Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 1 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 31 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 103/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tienen por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada de la asistencia médica prestada a (...) por parte de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social (...), a través del Centro Médico (...).

2. El reclamante solicita una indemnización de 1.000.000 € -folio 2-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias [en adelante, LCCC], en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPACAP].

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación -entre otros textos normativos- la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, LRJSP-; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; y el 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 -en adelante, TRLGSS-.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

En lo que se refiere a la legitimación pasiva del Servicio Canario de la Salud procede remitirnos en este momento a cuanto se expondrá en el Fundamento IV del presente documento jurídico.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1, párrafo primero LPACAP]. Extremo éste que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente [art. 21 LPACAP].

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios de la Mutua (...) [a través del Centro Médico (...) de San Sebastián de La Gomera].

A este respecto, y como se indica en la Propuesta de Resolución -Antecedente de Hecho primero-, el reclamante fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folio 381-:

« (...) expone en la reclamación inicial, entre otros, los siguientes extremos:

- El 11 de enero de 2019, sufro una caída, durante la realización de mi trabajo.

- El 14 de enero de 2019, el médico de la Mutua, Dr. (...) me diagnostica lumbalgia izquierda, tras ver una radiografía, realizada en el Hospital de Ntra. Sra. de Guadalupe, recibiendo la baja.

- El 18 de enero de 2019, me revisan y le mantienen la baja hasta el 25 de enero de 2019, que me incorporo nuevamente al trabajo.

- Tras ver la radiografía, solicité al médico de la Mutua, una resonancia, pero me fue denegada.

- En marzo siento, al despertar de una siesta, que no tengo sensibilidad de la cintura para abajo y acudo a Urgencias de Hermigua. Me pinchan y al día siguiente, al continuar con dolor acudo a mi médico, que me da la baja, pero esta vez por enfermedad común.

- A partir de entonces, acudo al Traumatólogo en varias ocasiones y este me realiza resonancia. Solicito segunda opinión y me remiten a la Unidad del Dolor.

- Mi doctora me deriva a la Neurocirujana, quien me diagnostica discopatía L5-S1 y Espondilolistesis L5-S1.

Como consecuencia de la caída fui operado de artrodesis lumbar. Recibo el alta el 16 de noviembre de 2022 en el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC). Reclamo contra el médico de la Mutua que se negó a realizarme la resonancia y que se equivocó al diagnosticar lumbalgia».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el reclamante insta el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria dispensada por el médico dependiente

de la Mutua (...), señalando como cuantía indemnizatoria la cantidad de 1.000.000 € -folio 2-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia mediante la presentación de escrito, con fecha 22 de diciembre de 2022, en el que el perjudicado -(...)- interesa el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el anormal funcionamiento del servicio sanitario dispensado por la Mutua colaboradora de la Seguridad Social (...), a través del Centro Médico dependiente *(...)* de San Sebastián de La Gomera.

2. Con fecha 9 de febrero de 2023 se admite a trámite la reclamación formulada por el interesado; acordándose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando -por el órgano instructor- realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente.

La Resolución administrativa de admisión a trámite de la reclamación interpuesta consta notificada en debida forma al interesado y a la Mutua (...).

3. Consta en el expediente instruido la emisión de informe -de 13 de marzo de 2023- por parte del médico de la Mutua que atendió al perjudicado en el Centro Médico (...) [Dr. (...)], así como la evacuación del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en adelante, SIP-, con fecha 27 de septiembre de 2023.

4. Con fecha 2 de mayo de 2023 se dicta acuerdo probatorio, admitiendo los siguientes medios de prueba planteados por las partes:

• Por parte del Servicio Canario de Salud:

- Historia clínica relativa a los hechos objeto de reclamación -folios 105 y ss.-.

- Informe del facultativo de la Mutua (...) -folio 113-.

• Por parte de la Mutua:

- El informe de 17 de abril de 2023 -folio 119-.

• Por parte del reclamante:

- La documental consistente en la documentación médica anexa a su escrito de cumplimentación de mejora -folios 44 a 86-.

Asimismo, y con idéntica fecha -2 de mayo de 2023-, se acuerda la apertura del preceptivo trámite de vista y audiencia, confiriéndole al interesado y a la Mutua un plazo de diez días hábiles para que pudieran formular las alegaciones y/o presentar los documentos que estimasen oportunos.

Consta en el expediente la notificación en debida forma de los precitados trámites [acuerdo probatorio y trámite de audiencia] al reclamante y a la Mutua.

5. Con fecha 31 de mayo de 2023 se solicita informe complementario a la Mutua respecto al contenido de la reclamación planteada por el perjudicado.

6. Con fecha 12 de junio de 2023 se emite informe complementario por parte del médico de la mutua.

7. Con fecha 13 de junio de 2023 se acuerda dar traslado del informe médico complementario emitido por el facultativo de la mutua al reclamante, a fin de que éste, una vez instruido de su contenido, pudiera formular las alegaciones que tuviera por convenientes.

8. Con fecha 12 de julio de 2023 el interesado formula escrito de alegaciones.

9. Con fecha 28 de septiembre de 2023 se acuerda dar traslado del informe del SIP al interesado, para su conocimiento y a fin de que en el plazo de diez días hábiles pudiera manifestar lo que estimase oportuno. Tras dos intentos de notificación infructuosos, se procede a la publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 25 de octubre de 2023 [art. 44 LPACAP].

10. Con fecha 14 de noviembre de 2023 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...), al *« (...) no concurrir los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud»*.

11. Con fecha 18 de noviembre de 2023 se interesa la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de su Ley reguladora.

12. Con fecha de 12 de enero de 2024 se libra oficio al Consejo Consultivo de Canarias solicitando el desistimiento de la solicitud de emisión de dictamen.

13. Con fecha 18 de enero de 2024 el Pleno del Consejo Consultivo de Canarias acuerda tener por desistida la solicitud de dictamen remitida por el Servicio Canario de la Salud en relación con el asunto de referencia.

14. Con fecha 14 de febrero de 2024 se dicta Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud *« (...) por la que se deja sin efecto la Propuesta de Resolución de fecha de 14 de noviembre de 2023, relativa a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) EXP n.º 208/22».*

15. Con fecha 23 de febrero de 2024 se dicta nueva Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud en cuya virtud se desestima la reclamación extracontractual formulada por el Sr. (...) *« (...) por falta de legitimación pasiva del Servicio Canario de la Salud (...) »*.

16. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo], al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico *ex* art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

17. Mediante oficio de 28 de febrero de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias *ex* art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias desestima la reclamación extracontractual planteada por el perjudicado al entender que no concurre la legitimación pasiva del Servicio Canario de la Salud.

A este respecto, se ha de comenzar señalando que el interesado centra su reclamación en la deficiente prestación del servicio sanitario por parte del facultativo médico de la Mutua (...) que lo atendió en el Centro Médico (...) de San Sebastián de La Gomera. Y es que, a su juicio, se produjo un error de diagnóstico por parte del médico de la Mutua que lo asistió -folios 27, 36 y 147-:

«Tuve un mal diagnostico del Doctor (...) . Me diagnosticó lumbalgia izquierda tras ver una radiografía que me mandó a hacer en el Hospital Nuestra Señora de Guadalupe. Todo esto fue a través de una caída que tuve en el puesto de trabajo en el 2019.

A raíz de eso, realmente lo que me pasó:

Discopatía L5-S1

Espondilolistesis L5-S1

Tras ver la radiografía solicité que me hicieran una resonancia la cual fue denegada por el médico. Me mandó tratamiento y tuve recaída y después de eso y tras verme varios médicos me derivaron a Neurocirugía. La Doctora de Neurocirugía me diagnosticó lo ya expuesto antes: Discopatía L5-S1 y Espondilolistesis L5-S1.

(...)

Mi reclamación es porque el doctor (...) no me diagnosticó correctamente. Si desde un principio me hubieses mandado a hacer una resonancia como yo le pedí y él me denegó y que más tarde me mandó a hacer el traumatólogo, no me hubiese diagnosticado lumbalgia izquierda. Todo esto puede ser comprobado con los informes de dichos médicos y se puede ver claramente la diferencia de diagnósticos.

(...)

(...) hay un informe de la Neurocirujana en el que bien claro pone que (...) no fue lumbalgia sino Radiculopatía L5-S1 bilateral leve-moderada crónica sin signos agudos denervativos. (...) He sido operado por este mismo hecho el 11/11/2022 por la Seguridad Social (...) . Todo esto por el mal diagnóstico del (...)».

2. Pues bien, una vez examinado el contenido de la reclamación formulada por el perjudicado -y los restantes escritos de alegaciones presentados por el reclamante-, así como las actuaciones que obran en el expediente instruido por el Servicio Canario de Salud, resulta oportuno concluir –compartiendo el criterio jurídico sostenido por el órgano instructor- en la falta de legitimación pasiva de la Administración sanitaria autonómica [Servicio Canario de la Salud].

En este sentido, procede reproducir los argumentos -jurisprudenciales y consultivos- esgrimidos por la Propuesta de Resolución -folios 383 y ss.- respecto a la legitimación pasiva:

« (...) En relación a la legitimación pasiva, por este órgano instructor, teniendo en cuenta el objeto de la reclamación, se cuestiona la misma y por ende la competencia del Servicio Canario de la Salud para la admisión e instrucción de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por una asistencia sanitaria que no ha prestado, toda vez que,

en el presente supuesto, por el reclamante únicamente se reprocha, a su juicio, una actuación negligente de la MUTUA (...) en el diagnóstico de su dolencia, al señalar claramente en su reclamación lo siguiente: reclamo contra el médico de la Mutua que se negó a realizarme la resonancia y que se equivocó al diagnosticar lumbalgia.

Al respecto, debe señalarse que, en relación a la asistencia sanitaria prestada por las Mutuas y las reclamaciones derivadas de la misma, teniendo en cuenta que las Mutuas son asociaciones privadas que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, llevando a cabo una serie de actividades entre las que figura la asistencia sanitaria (artículo 80 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), el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras de 26 de octubre de 2011 (recurso de casación para unificación de doctrina n.º 388/2009), viene entendiendo que:

"La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que, si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD. Así resulta de la Jurisprudencia de esta Sala y Sección de la que son buena muestra sentencias como la de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación n.º 1885/2008, o de 25 de mayo de 2011, recurso de casación n.º 6163/2006".

En este sentido el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias n.º 266/2017, señala lo siguiente: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vino a derogar la 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 aun 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 impugnable 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 (...) I: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.

En la misma línea el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 (...) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1.ª) expone que, ni el SESPA asume ninguna obligación ni responsabilidad por la asistencia médica que presten las mutuas a sus asociados, donde fue asistido el actor, no 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.

Por otro lado, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 104/2017, de 2 de marzo de 2017 que expuso que, en relación a las daños ocasionados por las Mutuas, los afectados deben dirigirse directamente a las mismas; concretamente señala el referido dictamen lo siguiente: Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (antes mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia, son responsables directas de los perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores de las empresas asociadas, al tener encomendada legalmente la gestión de la asistencia sanitaria en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que han de dispensar por los medios e instalaciones por ellas gestionados (mediante convenios o conciertos, en los términos legalmente previstos), de modo que la responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por

las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida solo a las mismas.

El Tribunal Supremo ha declarado que, si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido y el mismo es antijurídico, 2la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS" (STS de 26 de octubre de 2011).

En consecuencia, 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. (...) .

Asimismo, el Dictamen n.º 229/2017 del Consejo de Estado, de 11 de mayo de 2017 se pronuncia en idéntico sentido al disponer que: " (...) En consecuencia, tratándose de daños y perjuicios imputables a los servicios médicos mutuales, el perjudicado debe dirigir su reclamación contra la mutua, que habrá de sustanciarla, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial previstos en esta norma, y, en caso de que la reclamación sea desestimada por la mutua, el interesado podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. (...) .

Finalmente, hacemos referencia a la sentencia n.º 232 del Juzgado de lo Contencioso n.º 4 de Las Palmas, de fecha de 23 de julio de 2019, que declara, en un supuesto similar de reclamación de daños por la asistencia médica prestada a causa de un accidente laboral por mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme a derecho la inadmisión a trámite por el Servicio Canario de la Salud, de la reclamación por falta de legitimación pasiva, al no haber intervenido dicho organismo, en la asistencia sanitaria prestada.

En el caso que nos ocupa, a la vista de la jurisprudencia y dictámenes reseñados, toda vez que por el reclamante se solicita una indemnización por los daños, presuntamente ocasionados, por la asistencia sanitaria prestada por su Mutua de Accidentes de Trabajo, sin que conste intervención alguna del Servicio Canario de la Salud, este órgano instructor,

entiende que el Servicio Canario de la Salud (...) carece de legitimación pasiva para conocer de la presente reclamación (...), debiendo, en consecuencia, (...) dirigir directamente su reclamación a la Mutua, (...)».

3. En lo que concierne a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial extracontractual planteadas frente a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social [arts. 80 y ss. TRLGSS] y con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por éstas, resulta especialmente ilustrativa la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de Asturias en su Dictamen 266/2017, de 26 de octubre, en el que se puede leer lo siguiente:

«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 impugnable 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 concurran 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 (...) ».

Doctrina consultiva que resulta plenamente aplicable el supuesto ahora analizado, una vez atendidas las circunstancias descritas en el apartado primero del presente Fundamento Jurídico. Lo que determina, en consecuencia, la falta de legitimación pasiva del Servicio Canario de la Salud.

Por lo demás, y como ha tenido ocasión de señalar el Consejo de Estado -en relación con las reclamaciones por daños y perjuicios derivados *« (...) de la asistencia sanitaria recibida de (...), mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social n.º 61»*-, *«es doctrina reiterada del Consejo de Estado que las 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 80.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, las define como asociaciones que se constituyen por empresarios que asumen al efecto una responsabilidad mancomunada; lo cual es corroborado por el Reglamento de colaboración de las Mutuas de*

accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (artículos 2 y 8). 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, en su defecto, lo hacen mancomunadamente los empresarios asociados, pudiendo el que se considere perjudicado dirigirse a la Administración solo en caso de insolvencia de aquélla y para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo (y sin perjuicio de la responsabilidad mancomunada de los empresarios). De las notas características del régimen jurídico de las mutuas, en definitiva, no cabe deducir que éstas 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» [Dictamen 467/2017, de 22 de junio]. Doctrina consultiva reiterada, entre otros, en los Dictámenes 146/2018, de 22 de marzo de 2018 o 444/2018, de 14 de junio de 2018.

4. En conclusión, y a la vista de lo anteriormente expuesto, se entiende que procede desestimar la pretensión resarcitoria deducida frente al Servicio Canario de la Salud por falta de legitimación pasiva de dicha Administración Pública, 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 colaboradora con la Seguridad Social.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública sanitaria, se entiende debidamente fundamentado- que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este borrador de proyecto de dictamen.