



Roj: **STS 5211/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5211**

Id Cendoj: **28079130042012100568**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **17/07/2012**

Nº de Recurso: **4152/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2142/2011,**  
**STS 5211/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **4152/2011**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Roman , contra la sentencia 585/2011 ,de treinta y uno de Mayo de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso núm. 984/2009 , formalizado contra la desestimación presunta por la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y la Mutua UMIVALE de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de asistencia sanitaria recibida tras accidente laboral.

Habiendo comparecido como partes recurridas el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Irene , el Procurador D. Justo Alberto Requejo Calvo, en nombre y representación de UMIVALE, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo núm. 984/2009, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se dictó sentencia num 585/11 con fecha treinta y uno de Mayo de dos mil once, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "*Que estimando la prescripción de la acción ejercitada, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Margarita Riestra Barquín, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Roman , contra la desestimación presunta por la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y la Mutua UMIVALE de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la deficiente asistencia médica recibida con ocasión de un accidente laboral, de fecha 26 de febrero de 2007. Sin hacer especial declaración de las costas devengadas en la instancia.*".

**SEGUNDO.-** Tras tenerlo por preparado la Sala de instancia, la representación procesal de Don Roman , interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia mediante escrito de fecha veintiocho de julio de dos mil once, formulando cuatro motivos bajo el ordinal d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

**TERCERO.-** Por providencia de siete de octubre de dos mil once se admitió el recurso por la Sección Primera de esta Sala , y acordó la remisión de las mismas a la Sección 4<sup>a</sup> de esta Sala conforme a las reglas de reparto de asuntos; donde se tienen por recibidas , confiriéndose traslado a las partes recurridas para formular oposición.

**CUARTO.-** Mediante escritos presentados el veintiuno y veintiséis de diciembre de dos mil once, la representaciones de D<sup>a</sup> Irene y Mutua UMIVALE, respectivamente, presentaron escritos de oposición al recurso de casación de contrario, solicitando su desestimación.



**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día tres de julio de dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos en la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de D. Roman , interpone recurso de casación **4152/2011**, contra la sentencia 585, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera , del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso contencioso-administrativo núm. 984/2009 , deducido contra la desestimación presunta por la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y la Mutua UMIVALE de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la que considera deficiente asistencia sanitaria recibida con ocasión de un accidente laboral acontecido el 26 de Febrero de 2007.

La sentencia considera que debe apreciarse la excepción de prescripción planteada por una de las codemandadas. No puede interrumpir el plazo el ejercicio de la acción civil ejercitada por el hoy recurrente contra la Mutua UMIVALE, ya que son acciones autónomas. Consta en la Historia Clínica (en adelante HC) anotación de alta el 24 de enero de 2008, y ello unido a la ausencia de tratamiento alguno determina que sea en esa fecha la que deba estimarse como inicio del cómputo -"dies a quo"- . Las reclamaciones ante la Administración del Principado de Asturias y la Mutua UMIVALE se formulan el 13 de febrero de 2009, por lo que ha transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

**SEGUNDO .-** El recurso de casación se sustenta en cuatro motivos de casación, formalizados todos ellos con base en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , que podemos resumir de la siguiente manera:

*Primero .-* Infracción de los artículos 317 , 318 , 319 y 326 de la Ley Procesal Civil 1/2000 en relación con el artículo 48.4 de la Ley de la Jurisdicción porque la sentencia de instancia no incluye en los fundamentos de derecho Tercero y Cuarto un relato de hechos probados acorde con la prueba practicada y con las normas legalmente establecidas sobre valoración de la misma. Los hechos omitidos son relevantes en orden a determinar que la acción ejercitada por la actora-recurrente no está prescrita. Se solicita la integración por esta Sala -ex. Artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción - de aquellos hechos omitidos relevantes para acreditar que la acción no está prescrita. Así debe incluirse en el relato de hechos la auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, con el objeto de que mediante diligencias preliminares pudiera obtener su historial médico. Asimismo, incluir también el auto por el que se estima la declinatoria por falta de jurisdicción en la acción civil ejercitada contra la Mutua UMIVALE, la S.A. Centró Médico de Asturias, Medicina Asturiana y contra el Dr. Augusto . También solicita la integración de la sentencia con respecto a anotaciones existentes en la HC de fechas 14 de enero de 2008 , 17 de marzo de 2008 y la prueba de RMN de 4 de enero de 2008 .

*Segundo .-* Infracción del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con el artículo 1696 del Código Civil y la Jurisprudencia relativa a la "actio nata", en cuanto que la sentencia recurrida entiende que la acción está prescrita al establecer como fecha inicio del cómputo o "actio nata" una fecha que figuraba en la HC -24 de enero de 2008- , en la que el perjudicado no tenía cabal conocimiento del daño producido, del alcance del mismo ni de la determinación de las secuelas que padece. Se trata de una anotación -folio 155 EA- de carácter reservado, que se hace en la hoja de interconsultas que forma parte de la HC , de la que el actor no tiene acceso. Solo a partir de que el recurrente obtiene su HC -27 octubre de 2008- mediante auxilio judicial conoce esa anotación. El inicio del cómputo debe situarse en el 17 de Marzo de 2008, cuando conoce la estabilidad de sus lesiones y el alcance de las mismas a través del Informe del Dr. Esteban -folios 240 y 241 EA-. Por tanto, la acción no estaría prescrita ya que presentó la reclamación en fecha de 13 de enero de 2009 mediante el envío de diversos telegramas al Centro Médico de Asturias y a los herederos del Dr. Augusto el 19 de febrero de 2009.

*Tercero .-* Infracción del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en íntima conexión con el anterior motivo. Todo ello por entender la sentencia que el momento de la consolidación de las secuelas se produce en enero de 2008, y ello en base a una valoración errónea de la documental obrante en las actuaciones. La fecha de consolidación es el 17 de Marzo de 2008, fecha que coincide con el informe emitido por Don. Esteban . Es erróneo considerar que fue dado de alta hospitalaria el 24 de agosto de 2008, hay un error en el año. En la RMN de 4 de Enero de 2008 se constatan "cambios postquirúrgicos en el ámbito discal L4-L5", por lo que en modo alguno la evolución es favorable, ha habido un empeoramiento de la paresia L4-L5. En la sentencia se omite la anotación realizada el 14 de enero de 2008 por Don. Esteban , donde se establecen una secuelas y lesiones y se le pauta una rehabilitación con una radiografía lumbar para comprobar la mejoría. Y acude a la revisión



pautada el 17 de marzo de 2008, que es la fecha de estabilidad de la lesiones conforme a la documentación obrante en el expediente, y la acción no estaría prescrita.

*Cuarto.* - Infracción del artículo 1973 del Código Civil y Jurisprudencia al respecto (entre otras STS de 20 de diciembre de 2004 , 26 de Mayo de 1998 y 30 de Marzo de 1988 ), por entender la sentencia de instancia prescrita la acción ejercitada por la recurrente al considerar que el ejercicio de la acción civil (se abrieron diligencias preliminares seguidas en el Juzgado de Instancia nº 4 de Oviedo, para exigir el acceso a la denegada HC) no interrumpe la prescripción debido a la autonomía e independencia de las jurisdicciones, siendo por el contrario el sentido del artículo citado denunciado y la Jurisprudencia que señala que el ejercicio de aquella acción encaminada a exigir responsabilidad patrimonial comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción del daño. La acción civil no era en absoluto inadecuada, puesto que en principio los sujetos objeto del pleito son personas o entidades privadas, y sólo en la condición de dependencia y colaboración con la Seguridad Social adquieren esa cualidad de pública, por tanto, en principio las Mutuas no son organismos públicos. Incluso la propia Mutua presentó escrito en fecha de 26 de septiembre de 2009, en el que manifiesta a la Sala que no es Administración Pública, y por tanto, no le competía realizar los emplazamientos que la legalidad vigente atribuye a la Administración. Dicha argumentación es compartida por el Tribunal puesto que es él el que realiza los emplazamientos. Por tanto, el ejercicio de la acción civil el 28 de noviembre de 2008 tuvo efecto interruptivo del cómputo del año, y cuando la recurrente interpuso la reclamación administrativa previa frente a la Mutua UMIVALE el 13 de febrero de 2009, no había transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación. La sentencia, por tanto, debe ser anulada.

*Quinto.* - Infracción de los artículos 1902 , 1973 , 1974.1 y 2 del Código Civil , en relación con el artículo 4.3 del mismo, en el sentido de que la sentencia no contempla que en los casos de solidaridad impropia en los que concurren dependencia y conexidad entre las partes, la interrupción de la prescripción de la acción aprovecha y perjudica por igual a todos los demandados. El objeto del presente procedimiento era la asistencia médica prestada al recurrente tras sufrir un accidente laboral por los tres demandados que responden solidariamente. La situación de conexidad y vinculación es clara, así como también la situación de dependencia que media entre ellos.

**TERCERO.**- La representación en autos de D. Irene , viuda del Dr. Augusto , formula escrito de oposición al recurso de casación presentado, resumido sustancialmente en los siguientes puntos:

a.- Al primer motivo. La parte recurrente tuvo en su poder la HC con todos los informes y anotaciones el 27 de octubre de 2008, cuando la acción todavía no estaba prescrita. La parte recurrente utilizó inadecuadamente la vía civil en fecha de 28 de noviembre de 2008, cuando está en plazo para utilizar la vía adecuada que era la contencioso-administrativa - artículo 2 Ley Jurisdicción- Ha transcurrido un año desde el alta médica. El Tribunal describe y valora todos los informes médicos y anotaciones en la HC. Es evidente que a partir del 27 de octubre de 2008 la parte tuvo tiempo y medios para hacer la reclamación por la vía adecuada evitando la prescripción y sin embargo no lo hizo.

b.- Al segundo motivo. La "actio nata" es a partir de enero de 2008, ya que en el propio informe de alta de 24 de agosto de 2007 se recoge claramente que el paciente padece "paresia secular L5 derecha", y esta secuela en enero de 2008 ya es definitiva. La "limitación de la movilidad lumbar" es una secuela no nueva, que ya fue descrita por el Dr. Augusto en su informe de 22 de mayo de 2007 tras la primera intervención quirúrgica y ello fue debida a la fibrosis postquirúrgica.

c.- Al tercer motivo. La recurrente manifiesta por "primera vez" que las anotaciones efectuadas en la HC en enero de 2008 de "por mi parte alta" pueden no haber sido hechas por Don. Esteban , llegando a dudar de su autenticidad. Antes nunca fue puesta en duda y siempre fue aceptada por todas las partes hasta este momento. Además, por primera vez, reconoce la parte recurrente haber tenido una consulta con Don. Esteban el 14 de enero de 2008, donde manifiesta expresamente que en esa consulta el citado Don. Esteban establece unas secuelas y unos padecimientos y en función de estos pauta un tratamiento médico , concretamente rehabilitación, pautándole revisión en dos meses y radiografía lumbar.

d.- Al cuarto motivo. La vía civil es autónoma e independiente a la vía contencioso-administrativa, y por ello, no interrumpe el plazo para ejercitar la acción debida.

e.- Al quinto motivo. En el presente caso no podemos hablar de solidaridad impropia, cuando la propia ley remite este tipo de reclamaciones a la jurisdicción contenciosa y el recurrente no acude a ella.

La representación en autos de la Mutua UMIVALE, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES formula oposición en los siguientes términos:

a.- El recurso de contrario interpuesto trata de sustituir el criterio objetivo del Juzgador por el subjetivo del recurrente, pretendiendo la introducción de hechos distintos a los probados por la sentencia. La fecha de alta



es reflejada en la sentencia - 24 de enero de 2008 -, y el recurrente era perfectamente conocedor de las secuelas que refería.

b.- El Informe de 17 de marzo de 2008 emitido por Don. Esteban , se deja constancia que es por dolores y molestias, y ratifica el diagnóstico anterior sobre el alcance de las secuelas fundado en una prueba de imagen de enero de 2008, subrayando el hecho de que ningún tratamiento médico recibió el paciente desde Enero de 2008 hasta Marzo de 2008. La fecha que debe tomarse en cuenta es la del alta médica que se produce el 24 de Enero de 2008.

c.-El ejercicio de la acción civil fue manifiestamente inadecuado en atención a la colaboración con la Seguridad Social que realizan las Mutuas. Artículos 9.4 LOPJ 6/1985, de 1 de Julio , 139 de la Ley 30/1992 y artículo 2 de la Ley de nuestra Jurisdicción.

d.- La acción está prescrita. Artículo 142.5 de la Ley 30/1992 .

**CUARTO.-** El primero de los motivos planteados plantea la vulneración de los artículos 317 , 318 , 319 y 326 de la Ley procesal civil en relación con el artículo 48.4 de nuestra Ley de la Jurisdicción .

En primer lugar, cabe destacar como hemos dicho en múltiples ocasiones que no cabe la cita de preceptos como vulnerados por la sentencia si después el motivo concreto articulado no articula, desarrolla y desgrana en qué la sentencia los ha desconocido o violentado o no guarda relación con los mismos como aquí ocurre.

El artículo 48.4 de nuestra Ley de la Jurisdicción se refiere a la forma de remisión del expediente administrativo por parte de la Administración, que nunca fue atacado por la recurrente en la instancia. Los preceptos 317, 318, 319 y 326 de la LEC 1/2000 se refieren a las clases de documentos públicos, a su modo de hacer prueba y fuerza probatoria así como a la fuerza probatoria de los documentos privados. La parte recurrente no justifica en qué medida han sido desconocidos estos preceptos por la sentencia, que no ha de ser realizada por esta Sala a modo de búsqueda selectiva.

Así podemos citar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de veintinueve de mayo de dos mil doce (rec. cas 1551/2011 )

*" No cabe una invocación global de un articulado o de un largo conjunto de preceptos ( Sentencia de 3 de noviembre de 2010, recurso de casación 440/2009 ) sino que es preciso desgranar las infracciones cometidas respecto cada uno de los artículos invocados. No es suficiente efectuar un enunciado ( Sentencia de 14 de octubre de 2009, recurso de casación 129/2008 ) sino que deben exponerse las razones que determinan la infracción de un determinado precepto legal argumentado como ha sido quebrantado por la sentencia impugnada ( Sentencia de 7 de julio de 2008 , rec. casación 899/2006 ) ."*

En definitiva, lo que esconde este motivo en la crítica de la sentencia por su falta de una relación de "hechos probados" y que , a partir de los allí consignados, se valoren unos concretos y determinados por el Tribunal de instancia.

Por lo que se refiere al "relato de hechos probados", hemos dicho en la sentencia de esta Sala y Sección de cuatro de Julio de dos mil once (rec. cas 1026/2007 ):

**" TERCERO .-** Para responder al primer motivo y en parte al segundo hemos de recordar que esta Sala y Sección viene insistiendo en que la vigente LJCA 1998 (art. 67 y siguientes ) no ha implantado que las sentencias que se dicten en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo hubieren de contener una expresa declaración de hechos probados por lo que sigue la línea de la derogada LJCA 1956 (art. 80 y siguientes ) que no establecía tal obligación.

*Tampoco se exige en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, fuere el art. 372 de la derogada LEC 1881 , fuere en el art. 209 de la vigente LEC 1/2000 , de 7 de enero , acerca de las reglas especiales sobre forma y contenido de la sentencia.*

*La referencia que efectúa el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la consignación de "hechos probados" ha de atenderse con la subsiguiente mención "en su caso", es decir, cuando la respectiva norma procesal la exija. Claro ejemplo de tal exigencia la tenemos en el apartado segundo del art. 97 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril que aprueba el Texto refundido de la Ley del Procedimiento Laboral así como en el apartado b) del art. 191 del mismo texto legal al considerar como uno de los objetos del recurso de suplicación la revisión de los hechos declarados probados."*

En cuanto a la integración de hechos probados, cabe señalar que la vía regulada en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción sirve para integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia otros que hubieran sido omitidos por éste, y no, en cambio, para contradecir aquellos y construir, así, un "supuesto de hecho" de signo contrario al afirmado por ese Tribunal.



De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de diciembre de dos mil once (recurso 2154/2010), y en las que allí se citan, el artículo 88.3 LCJA autoriza la integración en la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada y no con carácter autónomo sino vinculada a la estimación de un motivo del artículo 88.1 d). La realidad es que la recurrente pretende que se reconsidere por esta Sala y se otorgue relevancia a otras anotaciones de la HC que consta en las actuaciones -expediente administrativo- y que el Tribunal ha tenido presente en todo momento -folio 155 EA-, y eso no es tributario de un supuesto de "integración de hechos" como mantiene la recurrente, ya que lo que pretende es una nueva interpretación de los que ya existen y han sido tomados en cuenta, lo que está fuera de las previsiones del invocado artículo 88.3 LJCA.

Por último, la parte recurrente pretende dentro de este motivo la valoración de unos determinadas anotaciones en la HC, en detrimento de otras, a los efectos de sustentar una distinta valoración jurídica de la sostenida en la sentencia pero ello no es posible realizarlo en esta excepcional vía que es el recurso de casación, a salvo los supuestos de valoración arbitraria, irracional o manifiestamente ilógica, que no se articula en el caso.

**QUINTO.-** Seguidamente debemos alterar el orden de los motivos formulados por la recurrente ya que la distinta relevancia sobre el proceso de instancia que pueden tener determina, con claridad, su orden de análisis. Así el motivo cuarto de los planteados por la recurrente mantiene que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 1973 del Código Civil y la Jurisprudencia al respecto que cita en su apoyo. De estimarse la existencia de interrupción por el ejercicio de una acción civil no "manifiestamente inadecuada" ya había que estimar el recurso, de ahí su importancia.

El actor -hoy recurrente- en fecha de 28 de mayo de 2008, y con el fin de obtener el historial clínico médico completo, formuló acción civil de diligencias preliminares, consistentes en exhibición de historial clínico y médico completo frente al Centro Médico Asturias, dando lugar a los autos de diligencias preliminares 614/08, seguidas en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Oviedo. Consta admitido por las partes que el actor obtuvo la HC completa el 27 de octubre de 2008 y el 28 de noviembre de 2008 formula demanda de juicio ordinario civil en reclamación de responsabilidad civil por la cantidad de 155.130 euros, por la que considera deficiente atención sanitaria médica prestada, contra la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales UMIVALE, contra la Sociedad Anónima CENTRO MÉDICO DE ASTURIAS, Medicina Asturiana, y contra Don. Augusto, dando lugar al procedimiento ordinario 1546/2008, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Oviedo, siendo admitida la demanda a trámite el 1 de Diciembre de 2008. En fecha de 30 de Diciembre de 2008 la Mutua UMIVALE se personó en el procedimiento e interpuso declinatoria de Jurisdicción, alegando que la Jurisdicción competente para conocer el asunto era la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dictándose el 27 de Enero de 2009 auto por el que se estima la declinatoria presentada y se señala la Jurisdicción competente para conocer el asunto la Contencioso- administrativa (folios 253 a 280 EA). En fecha de 13 de febrero de 2009 se formula reclamación administrativa ante la Mutua UMIVALE y el 19 de febrero se envía fax al resto de codemandados.

La recurrente considera que la acción no era manifiestamente inadecuada, puesto que los sujetos del pleito son personas o entidades privadas, y solo en su condición de dependencia y colaboración con la Seguridad Social, adquieren esa cualidad de públicas. Aún cuando ahora la cuestión es pacífica en la Jurisprudencia, hasta la reforma introducida por la Ley 19/2003, existía discusión sobre la Jurisdicción competente para conocer de los asuntos en que concurría la Administración con particulares.

Para la resolución de la presente controversia debemos tener en cuenta la sentencia de esta Sala y Sección, de dieciséis de noviembre de dos mil once (rec cas 452272009) que nos ha de servir de guía puesto que trata un supuesto con ciertos tintes de similitud con el presente, como es que estemos ante un accidente laboral, en el que después resultan demandados particulares junto con la Administración y se plantea la cuestión de si la acción quedó interrumpida por el ejercicio de una acción civil previa:

*" De otro, porque la acción civil ejercitada a través de aquella demanda que se presentó el 29 de septiembre de 2002 no era entonces manifiestamente inadecuada. En efecto, en esa fecha se hallaba vigente la redacción del art. 9.4 de la LOPJ introducida por el artículo único, núm. 1, de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que atribuía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive"; añadiendo, es cierto, que "si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional". A su vez, el art. 2, letra e), de la LJ disponía entonces que dicho orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la "responsabilidad patrimonial de las*



*Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". Sin embargo, ya con posterioridad a aquélla fecha, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo nuevos incisos en ambos preceptos: En aquél, estos dos: "igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva"; y "también será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas". Y en el segundo, éste: "aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad". Por tanto, parece que al menos para el legislador de finales del año 2003 era necesario clarificar, por las razones que fueran, la competencia jurisdiccional en caso de reclamación conjunta contra la Administración y particulares. Asimismo, cuando se presentó aquella demanda aún recaían pronunciamientos de la jurisdicción civil que declaraban la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en concurrencia con particulares, en base a la doctrina de la vis atractiva de dicha jurisdicción o para evitar el peregrinaje de jurisdicciones (así, por ejemplo, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21-10-2002, 29-4-2003 y 30-4-2003). Cabe concluir, pues, que aquella acción civil era improcedente, pero no que dicha improcedencia alcanzara la magnitud de manifiesta, es decir, patente, notoria y ostensible."*

Por tanto, en ese supuesto se determinó que la acción era improcedente pero no ostensiblemente inadecuada, con lo que el plazo de prescripción se interrumpía. Lo cierto es que en el presente caso han pasado casi cinco años de la reforma del año 2003 (cuando el actor inicia la vía civil) y ello determina que la cuestión haya quedado más que fijada Jurisprudencialmente que la concurrencia de sujetos privados junto con la Administración ha de sustanciarse previa vía administrativa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero nos encontramos ante una situación distinta y que va añadir al tema un nuevo elemento a considerar, cual es que el hoy acude no formula reclamación contra la Administración sino exclusivamente contra la Mutua de Accidentes de Trabajo, el Centro Médico y el Médico actuante, sin que concurra "ab initio" actividad alguna de la Administración.

Entramos por tanto en un aspecto que ha venido planteando muchísima controversia, ya que en puridad, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesionales son sujetos de naturaleza privada, pero que realizan actividad pública mediante la colaboración con las entidades gestoras del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

En este punto, la reciente sentencia de esta Sala y Sección de veintiséis de octubre de dos mil once, en un recurso para la unificación de doctrina nº 388/2009 planteamos esta cuestión controvertida, desde otro ángulo, pero con incidencia al presente para acreditar la confusión de la cuestión, y, dijimos:

" **SÉPTIMO.-** El criterio correcto y ajustado a Derecho es el de la sentencia de contraste. *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, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS.*

*Así resulta de la Jurisprudencia de esta Sala y Sección de la que son buena muestra sentencias como las de diez de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación nº 1885/2008, o veinticinco de mayo de dos mil once recurso de casación nº 6163/2006.*

*Así en la primera de ellas afirmamos que: "El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud.*

*Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.*

*Recordemos que la jurisprudencia (por todas las SSTs de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso de casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.*



*En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria( art. 106.2 CE ) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social".*

Por tanto, si atendemos a este marco, la acción civil no se mostró manifiestamente improcedente al ejercitar exclusivamente acción de responsabilidad extracontractual contra sujetos privados sin pretender acción contra la Administración de la Seguridad Social. Por otra parte, bien es cierto que ambas acciones son autónomas e independientes pero lo cierto es que en el presente caso la responsabilidad pretendida se hace depender de la misma causa y con respecto a los mismos sujetos por lo que la vinculación era evidente. Recordando la interpretación restrictiva que hemos mantenido que había de presidir el instituto de la prescripción, ha de considerarse que la acción civil interrumpió el plazo de prescripción previsto en el artículo 142.5 de la Ley de la Jurisdicción , y, así no puede considerarse la acción prescrita puesto que, en atención a la doctrina de la "actio nata" el plazo comenzó a partir del momento en el que el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo notifica al actor que la Jurisdicción competente era la contenciosa-administrativa, es decir, a partir de la notificación del auto de 27 de enero de 2009. Es más a partir de la notificación de la demanda civil dentro del Juicio ordinario la Mutua conoce la causa y contenido de la reclamación y la pretensión que se formula contra la misma, dentro de su labor de colaboración con la Seguridad Social.

También podemos citar en apoyo de esta conclusión , que si la acción civil no era manifiestamente improcedente, el plazo de prescripción de un año -ex artículo 142.5 LRJAP y PAC- se vio interrumpido por aplicación de lo previsto en el artículo 1973 del Código Civil sobre prescripción de las acciones.

Así la sentencia de veintiuno de febrero de 2012 de esta Sala y Sección, rec cas 205/2010 :

*"...la acción civil ejercitada contra la Administración en esos concretos términos no era "manifiestamente inadecuada", es decir, inadecuada de un modo patente, notorio u ostensible; y que, por ende, ha de anudarse a ella el efecto jurídico de interrumpir la prescripción, tal y como dispone aquel art. 1973 del Código civil , que el motivo, con todo acierto, reputa infringido, y como reconoce una reiterada jurisprudencia en la que se afirma que "la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 se produce por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada" (así, y por citar una reciente, en la sentencia de 16 de noviembre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 4522/2009 ).*

*Ese efecto jurídico derivado del ejercicio de aquella acción civil fue, a tenor del citado art. 1973, de interrupción de la prescripción y no de mera suspensión . Esta segunda, regulada en algunos ordenamientos extranjeros, sólo se aplica en el nuestro cuando la ley de forma expresa se refiera a ella mandando que el plazo "se reanude" y no que "se reinicie" o "comience a correr de nuevo".*

Ha lugar al recurso de casación, y considerar infringido por la sentencia de instancia el artículo 1973 del Código Civil y estimar que la prescripción fue interrumpida por el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales ordinarios.

**SEXTO.-** La estimación del motivo conlleva, conforme a lo establecido en el art. 95.2.d) LJCA , resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

Debemos partir de los siguientes hechos que estimamos acreditados a partir del expediente administrativo y de las pruebas periciales practicadas:

1.- D. Roman , de 32 años y de profesión instalador de parquet, sufre un accidente laboral el 26 de Febrero de 2007, al levantar un objeto pesado. Comienza con un cuadro de dolor lumbar con irradiación a la extremidad inferior derecha, y acude al Servicio de Urgencias del Hospital de Cabueñes el 5 de Marzo de 2007, donde se le diagnostica "lumbociatalgia derecha", instaurándole tratamiento con Enantyum y remitiéndole a su Mutua de Accidentes de Trabajo.

2.- El 7 de Marzo de 2007 se le realiza ya resonancia magnética en la que se observa una extrusión discal, paramedial derecha, a nivel de L4-L5, que compromete la raíz L5, con incipientes fenómenos degenerativos artrosicos. Se diagnostica una lumbociática derecha por conflicto discal del espacio L4-L5 que comprime la raíz L5.

3.- El 12 de Marzo de 2007 es valorado por el Dr. Augusto de la Mutua, y recomienda tratamiento conservador durante 15-20 días para ver la evolución. El 28 de marzo es visitado nuevamente y se indica ya tratamiento quirúrgico ante la falta de mejoría.

4.- El día 17 de Abril de 2007 ingresa en el Centro Médico Asturias, realizándose una hemilaminectomía y una discectomía L4- L5. El postoperatorio discurre con normalidad y es dado de alta el 23 de abril ante la buena evolución.



5.- El 14 de mayo de 2007 acude a visita con el Dr. Augusto y refiere dolor en el pie de 3 días de evolución, que ha ido en aumento y se irradia hasta la cadera, constante, no desaparece con reposo por lo se le solicita una nueva RNM de columna lumbar con y sin contraste, que se realiza el 15 de mayo de 2007 informando condrosis L4 L5 con cambios postquirúrgicos a nivel L4 L5 y fibrosis postquirúrgica, sin recidiva herniana y que por continuidad toca la raíz L5 derecha. También se observa una pequeña colección líquida de 2 cm en musculatura paraespinal del lado derecho.

6.- El 6 de Julio es valorado por el neurocirujano Dr. Blas refiriéndole el paciente que estuvo bien durante una semana y media, y luego ya no, que volvió a mejorar con tratamiento, pero ha vuelto a tener un cuadro de dolor lumbar y pérdida de fuerza para la flexión dorsal y plantar y pérdida de sensibilidad desde la rodilla hasta el pie por la cara anterior. Se aprecia fibrosis postquirúrgica, indicándole la realización de nueva analítica y nueva resonancia además de prescribir un tratamiento médico.

7.- El 11 de Julio de 2007 se realiza nueva RNM lumbar con y sin contraste, observándose: cambios postquirúrgicos en L4-L5 y L5-S1 con probable recidiva herniana, hematoma/absceso (colección líquida) en la musculatura paravertebral entre los niveles L4- L5 y L5-S1 y probable osteomielitis del cuerpo vertebral L4 con pequeña masa de partes blandas epidural. Se realiza el 12 de Julio un estudio electromiográfico en el que se evidencian signos de afectación radicular subaguda L5 derecha. Ese mismo día acude a Urgencias por empeoramiento, y tras prueba se emite la impresión diagnóstica de posible osteomielitis. Indicándole tratamiento antibiótico.

8.- El 23 de Julio ingresa en el Centro Médico Asturias para tratamiento quirúrgico de osteomielitis postquirúrgica y absceso. En la exploración física se observa una paresia L5 derecha, principalmente a nivel tibial anterior y extensor propio del primer dedo. Se realiza TAC y una RNM al ingreso diagnosticándole una osteomielitis L4 e inflamación de partes blandas con absceso. Es intervenido el día 25 de Julio, observándose un absceso a nivel de la musculatura paravertebral que se prolonga hasta receso lateral y muro anterior L4, además se extrae material necrótico, estéril de cirugía previa, lo que parece ser una gasa.

9.- La evolución postquirúrgica es favorable, manteniéndose tratamiento antibiótico y siendo los cultivos bacteriológicos estériles. Se realiza TAC y RNM de control objetivando una disminución de la inflamación y persistencia de captación a nivel de la musculatura paravertebral. Es dado de alta el 24 de agosto de 2007 y no presenta en el momento de alta dolor lumbar ni ciático y mejora de su paresia L5 derecha.

10.- El 17 de octubre de 2007 se le realiza una nueva RNM con y sin contraste en la que se observan cambios postquirúrgicos a nivel discal L4-L5, con compromiso radicular derecho y libero compromiso del saco dural.

11.- El 4 de enero de 2008 se realiza nueva RNM con los mismos resultados que la anterior, salvo que el cuerpo vertebral L4 presenta ya una morfología normal con leve alteración de la señal y sin signos de edema óseo.

12.- En la Historia Clínica (folio 155) aparece anotación "por mi parte alta".

**SEPTIMO.-** Partiendo de los anteriores hechos y analizando toda la prueba practicada en las actuaciones, no resulta controvertida la presencia de material textil necrótico en el cuerpo vertebral L4 en la intervención quirúrgica de 25 de julio de 2007 practicada por Don. Esteban al hoy recurrente. Existía orientación diagnóstica de osteomielitis y por ello estaba recibiendo tratamiento antibiótico pero el paciente empeoraba junto a la presencia detectada de un absceso/colección de 2 cm.

La presencia de este material textil procedente de la cirugía anterior -17 de abril de 2007- tampoco se discute. A pesar de las declaraciones de los peritos de las codemandadas Dr. Hermenegildo y Dr. Marcos, que ello no es indicativo de mala praxis, no podemos estar de acuerdo con lo anterior pues la presencia de esa gasa ha generado en el paciente un daño antijurídico no propio y derivado de la intervención quirúrgica de hernia discal o de la propia patología en sí, que pudiera no ser totalmente curada. Tampoco se cuestiona la relación causal entre la actividad quirúrgica y el efecto dañoso.

El punto de controversia mayor se encuentra en la entidad del daño, comprensivo tanto de las lesiones como de las secuelas resultantes. El actor fue declarado incapacitado permanente total para su profesión habitual por resolución de 10 de octubre de 2008 del INSS con el siguiente cuadro clínico: "*HD I4-I5, intervenida en 7/07. Reintervención en 7/07 por osteomielitis postquirúrgica. Paresia L5 derecha. Por RMN fibrosis postquirúrgica con compromiso radicular derecho*".

El actor en su demanda reclama la cantidad total de 155.130 euros, que desglosa de la siguiente manera:

A) **152.130 euros** desglosada en lesiones y secuelas:

- **28.910,64 euros** por los días de curación: 39 de hospitalización y 503 improductivos (toma como fin del cómputo la declaración por el INSS de la incapacidad permanente en grado de total el 10 de octubre de 2008)





- **10% del factor de corrección económico** , puesto que el recurrente trabajaba en la empresa Parquets L Castaño SL como oficial 1ª colocador (folio 37 EA). **64.160,41 euros** .

- **secuelas** : limitaciones personales y profesionales que sufre: 37 puntos por secuelas **56.167,48 euros** :

Algias postraumáticas con compromiso radicular 7 puntos

Limitación de la movilidad lumbar: 13 puntos

Hernias o profusiones discales: 8 puntos

Perjuicio estético moderado: 9 puntos.

El actor valora estas secuelas por separado.

B) Daño moral: **3000 euros** .

Imputa todo el cuadro de lesiones y secuelar por el que fue declarado incapacitado en el ámbito laboral a la osteomielitis de L4 padecida por mala praxis del Dr. Augusto al dejar olvidada la gasa en la intervención de 17 de Abril.

La demandadas niegan la entidad del daño en diferentes formas, tanto en la no existencia del daño como en su extensión y alcance.

Este Tribunal valorando todas las periciales al respecto considera que no cabe imputar todo este cuadro secuelar al concreto acto médico de la intervención del día 17 de abril de 2007 y el olvido del material quirúrgico, pues consideramos probado que el actor padecía ya una patología de base previa de suficiente entidad y relevante que hemos recogido en la relación de hechos. El perito de la parte recurrente imputa todas las secuelas a la osteomielitis postquirúrgica sin que atribuya ninguna relevancia o importancia a la hernia discal que padecía a nivel de L4-L6 y las afectaciones degenerativas que se van señalando a lo largo de la HC. No se explica en qué porcentaje afectó a su patología de base esta actuación concreta de una presencia de material externo y ajeno que produce inflamación e infección. No está de más recordar que la parte actora es la que debe acreditar tanto la existencia del daño como su extensión y alcance, corriendo con la carga de la prueba de tales extremos muy importantes en patologías complejas e interrelacionadas. La perito Dra. Leticia considera que la patología de base del paciente era de por sí importante, manifiesta en su informe que existía de inicio una afectación de raíz nerviosa L5, incluso que no existe prueba de la relación directa de la secuela de limitación de la movilidad de la columna lumbar con el absceso sufrido ni con la osteomielitis (pag 11 Informe), existiendo otras causas para esa limitación, y ofrece una serie de explicaciones plausibles que no son desvirtuadas por el actor.

En definitiva este Tribunal, actuando como Tribunal de instancia y dentro del proceso de valoración de la prueba llega al convencimiento de que no es posible imputar todo el cuadro secuelar que presentó el paciente en el momento de su declaración laboral de incapacidad al concreto acto médico que consideramos contrario a la praxis ad hoc.

Por ello, consideramos procedente la indemnización que cubra el periodo de curación lesional desde el 17 de abril de 2007 al 24 de enero de 2008 , fecha de alta médica , y no hasta la fecha de declaración de incapacidad laboral por resolución administrativa, ya que este no es el momento de estabilización de las lesiones , distinguiendo los periodos de hospitalización y días improductivos los restantes, que ofrecen un total de 18.522 euros atendiendo al baremo de circulación actualizado a 2012 que podemos estimar como orientativo para fijar el quantum indemnizatorio. Tal cantidad se incrementa en el 10% del factor de corrección por estar en edad laboral. Por secuelas este Tribunal considera procedente 14 puntos que son los que justificadamente expone la perito Dra. Leticia en su informe como posibles al caso del actor, que da un total de 12.712 euros. Considerando, además, como realiza la indicada perito que la incidencia de esta mala praxis representa el 15% de la total incapacidad permanente, podemos incrementar la cantidad anterior en 10.000 euros. Todo ello da un total de **43.086 euros** , que consideramos adecuada para cubrir el daño causado para cubrir el daño causado y que se considera actualizada ya a fecha de esta sentencia.

Procede la declaración de responsabilidad patrimonial y condena de la Mutua UMIVALE , sin que se estime pertinente la condena solidaria del Centro Médico Asturias y el Dr. Augusto por tener relación interna con la misma, es decir, pertenecer a su propia organización.

Por tanto, apreciamos la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria de la Mutua UMIVALE y declaramos disconforme a derecho la desestimación por silencio de la reclamación efectuada por el actor Sr. Roman . Condenamos a la Mutua UMIVALE a abonar la cantidad al actor de **CUARENTA Y TRES MIL OCHENTA Y SEIS EUROS (43.086 EUROS)**, cantidad que se considera actualizada a fecha de esta Sentencia por todos los conceptos, a salvo los intereses del artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción .



**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de las costas de esta instancia al estimarse el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

Tampoco procede hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas causadas en la primera instancia.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

### FALLAMOS

HA LUGAR al recurso de casación, interpuesto por D. Roman , contra la sentencia 585/2011 ,de treinta y uno de Mayo de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso núm. 984/2009 , formalizado contra la desestimación presunta de la Mutua UMIVALE de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de asistencia sanitaria recibida tras accidente laboral. Se casa la sentencia de instancia.

Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y se declara la existencia de responsabilidad patrimonial en el ambito sanitario con anulación del acto recurrido. Se condena a la Mutua UMIVALE a abonar al actor la cantidad de **CUARENTA Y TRES MIL OCHENTA Y SEIS EUROS (43.086 EUROS)** cantidad que se considera actualizada por todos los conceptos a fecha de esta sentencia.

Sin costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.