

Dictamen Núm. 125/2024

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de julio de 2024, 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 abril de 2024 -registrada de entrada el día 18 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 punción con una aguja que había sido previamente empleada en otro paciente.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de diciembre de 2023, la interesada presenta en el Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño moral derivado del “temor a haber contraído” enfermedades infecciosas como consecuencia del accidente biológico producido durante una cirugía.

Expone que el día 19 de julio de 2023 el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospital le practica una exodoncia, y que durante su

permanencia en el centro sanitario no le comunican “ninguna incidencia”, facilitándole únicamente “instrucciones genéricas posquirúrgicas”.

Refiere que el día 21 de julio de 2023 recibe “una llamada telefónica por parte del Servicio de Medicina Preventiva (...) para que acuda ese mismo día de urgencia a realizar protocolo de accidente biológico por accidente ocurrido el 19 de julio de 2023, al haber riesgo de infección de hepatitis B, C y VIH”. Manifiesta que, “atemorizada por lo ocurrido”, acude al “centro hospitalario cercano” a su domicilio “para realizar extracción de sangre de bioquímica general, hemograma y serología (VHC, VHB y VIH)” recomendándole “los facultativos esperar en el centro 1 hora para decidir si iniciar o no tratamiento profiláctico frente a VIH”. Señala que “pasadas unas horas” le indican que “el resultado es negativo, pero se acuerda igualmente seguir con el tratamiento de PPE frente a VIH como paciente expuesta”.

Se decide “repetir las analíticas el 23 de agosto y el 13 de noviembre con el fin de comprobar que, pese a la exposición por negligencia durante la intervención, no hubo contagio de hepatitis B, C ni VIH”, e identifica el día 17 de noviembre de 2023 como “de alta a efectos del cálculo de la indemnización”, pues en esa fecha el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial emite “informe de seguimiento (...) para reflejar que los resultados de las serologías realizadas por recomendación del Servicio de Medicina Preventiva han sido negativos”.

Afirma que “como consecuencia de la actuación negligente del servicio de salud durante la intervención” ha estado “expuesta a infecciones muy graves, como son la hepatitis B, hepatitis C y el VIH, quedando debidamente acreditado en los informes médicos (...) que dicho accidente biológico se produjo por mala praxis en la exodoncia”.

Solicita ser indemnizada en seis mil ciento cuarenta y dos euros (6.142 €), cuantía que calcula conforme al “baremo de accidentes de tráfico de 2023” por los conceptos de “perjuicio personal básico”, a razón de 35,71 € por 122 días, e “indemnización por los daños morales ocasionados”, que “valora como perjuicio moral leve”.

Adjunta copia de diversa documentación médica relativa a la atención por la que reclama.

2. Mediante oficio de 30 de enero de 2024, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica de la paciente relativa al proceso de referencia y el informe de los Servicios de Cirugía Maxilofacial y Medicina Preventiva.

3. El día 5 de febrero de 2024, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, la designación de instructor y el régimen de abstención y recusación del mismo, así como el plazo máximo para resolver y los efectos del eventual silencio administrativo.

4. Con fecha 20 de febrero de 2024, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite al Inspector de Servicios y Centros Sanitarios actuante una copia de la historia clínica de la interesada y los informes de los servicios afectados.

El informe librado por el Jefe del Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospitalde 9 de febrero de 2024 se reduce a expresar que “todos los hechos detallados por la paciente son correctos”.

En el informe de la Jefa del Servicio de Medicina Preventiva y Salud Pública, sin fecha, se explica que el día 21 de julio de 2023 “se recibe aviso del Servicio de Cirugía Maxilofacial (...) comunicando la detección de un accidente biológico ocurrido el 19-07-2023, hace algo más de 48 horas, durante la realización de un procedimiento de exodoncia”, por lo que se “activa el protocolo de valoración de accidente biológico con riesgo infeccioso informando a los implicados y obteniendo su consentimiento para realización de serología hepatitis B, C y VIH para detectar el estado de inmunización (...) tanto en el paciente-fuente como en la paciente expuesta (...). A las 15:30 horas del mismo día (...)

21 de julio de 2023 se dispone ya de los resultados analíticos definitivos negativos obtenidos (...) para el paciente-fuente (sin hepatitis ni VIH) y los resultados obtenidos (...) en la paciente expuesta. Una vez conocidos los resultados serológicos que resultaron favorables les fueron comunicados (...) de inmediato a ambos pacientes (...). Se informa a la paciente telefónicamente que, dados los favorables resultados obtenidos, no está indicado el inicio de tratamiento de profilaxis posexposición frente a VHB, VHC y VIH. Se tranquiliza (...) y se muestra disponibilidad para responder dudas (...). Se informa a la paciente que siguiendo el protocolo adecuado deberá realizar nuevos controles analíticos en la semana 4-6 posexposición (alrededor del 23 de agosto de 2023) y en la semana 16 posexposición (alrededor del 08 de noviembre de 2023)". Los resultados de dichas pruebas "continuaron siendo negativos (favorables) por lo que no procede seguimiento alguno".

Refiere que, "según publicaciones como las de los Centros para la Prevención y Control de Enfermedades (...) basadas en investigaciones realizadas con trabajadores sanitarios expuestos a estos riesgos:/ 1) El riesgo promedio de seroconversión (lo que indicaría nueva infección en el paciente receptor) del VIH después de una exposición percutánea es aproximadamente el 0,3 % (IC 95 %: 0,2 a 0,5 %), lo que supone 3 infecciones por cada 1.000 incidentes. En el caso de esta paciente (...), tras la exposición de mucosas el riesgo se reduce al 0,09 % (IC 95 %: 0,006 a 0,5 %), lo que supone menos de 1 caso de infección por cada 1.000 pinchazos (0,9/1.000). El riesgo sería mucho menor si se instaurase tratamiento profiláctico con antirretrovirales en el intervalo de tiempo recomendado, es decir dentro de las 72 horas posteriores a la exposición./ 2) La tasa de transmisión de hepatitis B publicada para trabajadores sanitarios susceptibles oscila entre 6 % y 30 % tras una sola exposición por pinchazo con aguja de un paciente infectado con el VHB si el receptor no es inmune (...). El riesgo decrece administrando profilaxis posexposición con vacuna frente a hepatitis B más inmunoglobulina. Esta combinación resulta efectiva para prevenir la infección de VHB en más de un 90 % de los casos en que la fuente estaba infectada con hepatitis B./ 3) Los

estudios de seguimiento de los trabajadores sanitarios expuestos al VHC a través de un pinchazo han determinado que la incidencia de seroconversión anti VHC (lo cual indica infección) es de un promedio de 1,8 % (rango 0 % a 7 %) por pinchazo". Precisa que "antes de considerar el uso de la profilaxis posexposición, especialmente para VIH, es necesario tener en cuenta si la persona expuesta acude antes de 72 horas tras la exposición y recabar toda la información sobre la persona-fuente".

Señala que el paciente-fuente "no estaba infectado por dichos virus, es decir que no se puede transmitir una infección que no se posee. Por tanto, en este caso no se produjo exposición de la paciente a infecciones por VHB, VHC ni VIH".

Destaca, en cuanto a la "posible preocupación, sufrimiento psíquico o estrés postraumático" de la paciente expuesta, que no está "documentado", pues "si bien (...) era conocida por los Servicios de Salud Mental del Área III no aparecen nuevos registros, ni nos consta que tuviera que realizar nuevas consultas por problemas psicológicos derivados de este incidente".

Respecto a la "consideración de un posible daño moral" o de una "lesión temporal que debiera ser objeto de reparación", indica que no se objetivan "pérdidas físicas, ni de funcionalidad de la persona, no nos consta que se le causaran pérdidas de días de trabajo en concepto de incapacidad temporal (...), ni nuevas demandas de consulta ni a Medicina de Familia ni a su Centro de Salud Mental por sufrimiento psíquico, ni alejamiento o rechazo social", por lo que el episodio "en todo caso sólo podría ser considerado como un incidente sin daños" para la reclamante.

5. Con fecha 6 de marzo de 2024, el Instructor del procedimiento comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 14 de marzo de 2024 una abogada, en nombre y representación de la interesada, presenta en el Registro Electrónico un escrito de alegaciones en el que se mantiene “íntegramente” en la reclamación formulada.

A la vista de los razonamientos contenidos en el informe del Servicio de Medicina Preventiva y Salud Pública, señala que “no se reprocha ningún retraso en la forma de actuar” de tal Servicio, ni “se reclama el haber contraído ninguna infección”, si bien “existió un riesgo. No se llevó a cabo el protocolo de higiene y esterilización, actuando de manera contraria a la *lex artis*”.

En cuanto a la “consideración de un posible daño moral”, afirma que se “reclama la cuantía mínima” pues, “si bien las pruebas resultaron favorables (...), estuvo durante cuatro meses sometiéndose a las mismas con miedo de haber contraído una enfermedad tan grave”.

Finalmente, manifiesta estar en desacuerdo con valorar lo ocurrido como un “mero incidente sin daños para la paciente”, toda vez que es “evidente que hubo mala praxis por el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial, lo cual ha sido reconocido y calificado en primer lugar por ellos mismos como ‘accidente’, no por esta parte. Hay que atender al riesgo que hubo y la actuación culposa de los servicios sanitarios”.

7. Con fecha 18 de marzo de 2024, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella asume la realidad del “incidente consistente en que por un error se pinchó con la misma aguja de anestesia a dos pacientes”. Asimismo, admite que “el error cometido pudo y debió generar preocupación a la reclamante a pesar de informarle desde el primer día que el paciente-fuente era negativo, y de hecho se siguió el protocolo íntegro con la realización de todas las pruebas posteriores”.

Sin embargo, argumenta que “la reclamante no acredita en modo alguno su padecimiento, pues se limita a señalar escuetamente que la situación le ‘produjo cuatro meses de temor por la creencia de que podría estar infectada de hepatitis o VIH’”, por lo que entiende que no se ha acreditado la efectividad del

perjuicio reclamado siguiendo el “criterio del Consejo Consultivo sobre el daño moral puesto de manifiesto, entre otros, en el Dictamen 208/2020”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de abril de 2024, 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 15 de diciembre de 2023, y tiene por objeto el resarcimiento del temor al contagio de VHB, VHC y VIH sufrido de forma continuada desde el día 21 de julio de 2023 -momento en que se le comunica el accidente producido y la consecuente posibilidad de transmisión de las citadas enfermedades- hasta el 17 de noviembre del mismo año, fecha en la que se le trasladan los resultados negativos de las últimas pruebas practicadas siguiendo el protocolo al efecto, por lo que hemos de concluir que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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

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

Sin embargo, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que si bien a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, en el momento de emitir el mismo ya no podrá la Administración aprobar en tiempo la correspondiente resolución. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la

efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En el presente asunto se imputan a la Administración sanitaria los daños y perjuicios derivados de la administración de anestesia a la paciente con una aguja reutilizada por error, con la generación del consiguiente riesgo de contagio.

Ninguna duda ofrece la realidad del hecho que motiva la reclamación, esto es, la anestesia a dos pacientes con la misma aguja, que ha sido admitido en todo momento por el servicio público sanitario.

En cuanto a la efectividad del daño moral sufrido, la propuesta de resolución la niega, aduciendo que la interesada no ha ofrecido prueba alguna de su padecimiento, aunque admite que “el error cometido pudo y debió generar preocupación a la reclamante a pesar de informarle desde el primer día que el paciente-fuente era negativo, y de hecho se siguió el protocolo íntegro con la realización de todas las pruebas posteriores”.

Como viene señalando este Consejo de forma constante, la efectividad del daño alegado se constituye en presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, debiendo recordarse que la prueba del daño, cuya carga corresponde a quien reclama, no se conforma con su mera alegación, sino que exige su acreditación en forma tal que permita adquirir certeza racional sobre su existencia, sin apreciaciones subjetivas.

En relación con el daño moral, venimos declarando (por todos, Dictamen Núm. 208/2020, al que alude la propuesta de resolución del procedimiento que analizamos) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como pusimos de manifiesto entre otros en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir la realidad del daño moral en atención a la gravedad

de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica', que ejemplificábamos `en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos considerado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015)', y en los casos de anulación de procesos selectivos con la obligación de reiterar las pruebas en especiales circunstancias (entre otros, Dictámenes Núm. 13 y 17/2019). En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la indeterminación y subjetividad del concepto de daño moral, más amplio que el clásico *pretium doloris* y comprensivo de distinta graduación según su intensidad, descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, su apreciación puede inferirse sin necesidad de prueba en ocasiones cuando el propio `supuesto de hecho' lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)". Entendemos que esto es precisamente lo que sucede en el caso que analizamos, pues constituye una máxima de experiencia que, por lo general, cualquier persona a la que se comunicara la materialización de un accidente biológico como el descrito sufriría, hasta quedar descartada la ausencia de contagio, sentimientos sostenidos de incertidumbre y lógica preocupación -tal y como se asume en la propuesta de resolución- ante la posibilidad, más o menos remota pero real, de haber contraído alguna enfermedad infecciosa susceptible de desencadenar procesos graves de salud, todo ello con independencia de que tal menoscabo pueda manifestarse de diversas formas en función de los recursos de que cada uno dispone para la gestión de las propias emociones, que no son iguales en todos los sujetos. Por ello, hemos de considerar acreditado el perjuicio moral reclamado, consistente -según se expresa en el escrito de alegaciones- en el "miedo de haber contraído una enfermedad" durante los casi cuatro meses en que la perjudicada tuvo que someterse, en cumplimiento del

protocolo establecido, a la realización de sucesivas analíticas que terminaron por descartar la temida transmisión.

Asumido por la Administración que el daño deviene de un error humano, al haberse administrado la anestesia a dos pacientes con la misma aguja, hemos de considerar causalmente conectado dicho daño, que es antijurídico, con el funcionamiento del servicio público sanitario, por lo que procede la estimación de la reclamación.

Finalmente, sólo resta por determinar la cuantía de la indemnización a satisfacer, que la perjudicada cifra en 6.142 € siguiendo el baremo establecido para los accidentes de tráfico. Este Consejo estima que las categorías resarcitorias del baremo no resultan aplicables al asunto de que se trata, pues la perjudicada no ha sufrido lesiones temporales con encaje en la categoría de "perjuicio personal básico", ni limitaciones en su autonomía o desarrollo personal que pudieran englobarse en la de "perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida", tal y como están definidas en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Entendemos que resulta más adecuada la valoración del daño moral sufrido a prudente arbitrio, que cuantificamos en 3.000 € teniendo en cuenta que el servicio de salud aplicó el protocolo por accidente biológico en un plazo breve (48 horas), despejando definitivamente cualquier peligro de infección en el plazo de 121 días; igualmente, desde el primer momento se le indicó que el paciente-fuente no padecía ninguna infección contagiosa, así como el resultado de los análisis iniciales, que fueron negativos, lo que permitió sin duda desde aquel instante reducir en gran medida la lógica preocupación que hubo de experimentar la interesada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la

Administración del Principado de Asturias, y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarla en los términos señalados.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,