

Expediente Núm. 193/2008
Dictamen Núm. 386/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de noviembre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de septiembre de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del contagio del virus de la hepatitis B en un hospital de la red pública sanitaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de enero de 2008, la interesada presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del contagio del virus de la hepatitis B en un hospital de la red pública sanitaria.

Inicia su escrito relatando que el día 19 de mayo de 2004 se sometió a una intervención quirúrgica -"histerectomía total con doble anexectomía"-, y que en el curso de la intervención se le realizó una "transfusión Hb 10".

Continúa señalando que, como corroboran los análisis previos a la intervención y su historia clínica, "nunca había padecido hepatitis", y que, "a raíz de la operación", se le indica que ha "contraído una hepatitis B", procediéndose a su tratamiento, "hasta que, en sendos análisis de fechas 28-02-2007 y 16-03-2007, se me determina la existencia de la citada patología", confirmándole "el facultativo", según refiere, que dicha enfermedad "ya (...) reviste el estadio de crónica".

Finalmente, concluye que "no cabe otra cosa que considerar que he contraído la enfermedad por contagio sufrido en la transfusión", y reclama una indemnización de sesenta y siete mil ciento diez euros (67.110 €).

Al escrito de reclamación acompaña copia de los siguientes documentos:

a) Resultado de los análisis clínicos efectuados, con fecha 16 de febrero de 2004, en el Hospital, con carácter previo a la intervención quirúrgica practicada. b) Informe de alta del Servicio de Ginecología y Obstetricia del mismo centro, de 26 de mayo de 2004. c) Traslado a la paciente de los resultados de anatomía patológica, con fecha 13 de julio de 2004. d) Resultado de los análisis clínicos efectuados en un centro sanitario público de otra Comunidad Autónoma los días 28 de febrero y 16 de marzo de 2007. En el primero de ellos, en el que no consta serología del virus de la hepatitis, se aprecia una elevación por encima del considerado como rango normal en los valores correspondientes a GOT, GPT, Fosfatasa Alcalina y Gamma GT. En el segundo, en el que se consigna como diagnóstico "transaminasas elevadas", se observa una elevación del parámetro Gamma GT, encontrándose el resto de los indicadores hepáticos dentro del rango normal. Asimismo se reflejan en él los resultados de serología del virus de la hepatitis B, apareciendo como positivo únicamente el anti HBc (CMIA).

2. Mediante oficio de 29 de enero de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la Gerencia del Hospital una copia de la historia clínica completa de la perjudicada, la "hoja de tratamiento, productos hematológicos aplicados y/o certificación del servicio médico competente (Hematología y Hemoterapia), comprensivo de los datos referidos, así como si las unidades administradas estaban chequeadas para el virus de la hepatitis B".

3. El día 30 de enero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la perjudicada la fecha en que tuvo entrada su reclamación en dicho Servicio, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará y los efectos del silencio administrativo.

4. El día 31 de enero de 2008, el Secretario General del Hospital remite al órgano instructor una copia de la historia clínica de la interesada.

5. Con fechas 11 y 13 de febrero de 2008, respectivamente, el Secretario General del Hospital traslada al órgano instructor los informes elaborados por los Servicios de Ginecología y Hematología.

En el emitido por el Jefe del Servicio de Ginecología el día 8 de febrero de 2008 se señala que "no se hizo en este centro", con carácter previo a la intervención, "serología de hepatitis B, pues no está en los protocolos del preoperatorio (...). Se le pidieron dos concentrados de hematíes y se pasaron en la intervención a solicitud del equipo de anestesia", añadiendo "que es el Banco de Sangre el que tiene que contestar respecto de los controles que realiza en estos casos".

Por su parte, el Servicio de Hematología informa, el día 11 de febrero de 2008, que, "con fecha 19-05-2004, (la paciente) fue transfundida con dos concentrados de hematíes", cuyos números de unidad identifica, y que "las dos unidades procedían del Centro Comunitario de Transfusión de Asturias, en

donde habían sido negativas en el screening serológico de enfermedades infecciosas según la legislación vigente, es decir, VHB, VHC, anti VIH y anti VHC". Acompaña al informe la "ficha del paciente" del Banco de Sangre y la relación de las "unidades enviadas a transfundir".

6. El día 28 de marzo de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designadas al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras la descripción de los hechos alegados, realiza diversas consideraciones médicas sobre las formas de contagio del virus de la hepatitis B y razona que, en el caso analizado, la paciente recibió dos unidades de sangre "aptas para la transfusión", por estar "chequeadas para el virus productor de la hepatitis B y C y para el VHI". Concluye que "la administración sanitaria cumplió todas las medidas que le eran exigidas para prestar una adecuada praxis médica", por lo que debe desestimarse la reclamación presentada.

7. Con fecha 2 de abril de 2008, el Jefe de Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del SESPA y de todo el expediente a la correduría de seguros.

8. Consta incorporado al expediente un informe, emitido por una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, suscrito colegiadamente, el día 30 de junio de 2008, por cuatro especialistas en Medicina Interna.

En él se afirma que "el virus de la hepatitis B tiene dos componentes fundamentales, el antígeno de superficie o antígeno Australia (HBsAg) y el 'core' (HBc) (...). La presencia del HBsAg indica que el virus está presente, sin indicar si está replicándose o no. La existencia de HBc es indicativa de replicación e infección y los anticuerpos frente a HBc indican que se ha padecido la infección (si los anticuerpos son IgM, la infección es reciente) (...). Esta enferma tenía sólo antiHBc (no IgM) positivo, siendo el resto del estudio

serológico negativo. Ello es indicativo de infección pasada y curada. No es posible decir cuándo tuvo la enferma la infección por el VHB, pero pudo ser en cualquier momento de los 58 años anteriores a 2007 (...). La enferma no tenía una hepatitis crónica por VHB (...). La única alteración analítica es la ligera elevación de transaminasas que es un hallazgo inespecífico y que (se) puede deber a múltiples causas (...). Por último hemos de decir que la única forma de diagnosticar una hepatitis crónica es mediante la realización de una biopsia hepática, que no se hizo a esta paciente, ni estaba indicada su realización”.

Finalmente, concluyen que no puede relacionarse la presencia de serología positiva frente al virus de la hepatitis B con la transfusión de sangre realizada durante la intervención quirúrgica de 2004, pues “la única alteración analítica que la enferma presentó (ligera elevación de GGT) ya existía en el estudio preoperatorio realizado”, la sangre transfundida “había sido investigada sobre la presencia de VHB y el estudio fue negativo”, y la enferma no mostró “ninguna alteración que no tuviese antes de la intervención y no tiene infección activa por VHB, sino pasada y curada”.

9. El día 11 de julio de 2008, se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en él. No consta en el mismo que la interesada haya presentado alegaciones.

10. El día 25 de agosto de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias eleva propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación presentada. En ella asume las argumentaciones contenidas en los informes obrantes en el expediente de responsabilidad patrimonial, para terminar concluyendo que “toda la actuación médica fue acorde a la lex artis”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de septiembre de 2008, registrado de entrada el día 25 del mismo mes, 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Este Consejo ha reiterado en dictámenes anteriores que el primer criterio legal para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es el del momento del hecho dañoso (en el supuesto analizado, el del contagio de la enfermedad o, en su caso, el de su diagnóstico); no obstante, si el efecto lesivo se manifiesta con posterioridad, habrá que estar a dicho momento, en cuyo caso el *dies a quo* será el del momento de la curación o el de la determinación definitiva del alcance de las secuelas o de su estabilización.

Acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, hemos señalado asimismo que en los casos de reclamación de indemnización por haber contraído el virus de la hepatitis el *dies a quo* es aquél en que se conozcan definitivamente (obviamente, por el perjudicado o interesado) los efectos del quebranto, o se concreten definitivamente o se establezcan sus secuelas. Sin embargo, la calificación de la hepatitis como un daño continuado no convierte el hecho de ser portador del virus que puede desencadenarla en un tipo de daño que, en sí mismo y sin otras manifestaciones lesivas, permita considerar abierto de modo indefinido el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial. Para ello es necesario que el virus origine en quien lo porta daños que puedan reputarse como crónicos, y que, determinada o diagnosticada la enfermedad, el curso de sus consecuencias sea incierto, dando lugar a secuelas novedosas, de evolución imprevisible o cuya evaluación definitiva no resulta posible efectuar en un momento temporal concreto. Ante un curso de la enfermedad de este tipo, al ser el daño de naturaleza continuada, el plazo de un año para la reclamación de responsabilidad patrimonial se computará no desde el momento

de la infección por el virus o desde su diagnóstico, sino desde aquél en el que, acreditadas nuevas secuelas, quede fijado definitivamente su alcance.

En el supuesto ahora examinado, la interesada no precisa en qué momento conoció que padecía la hepatitis ni aporta documento alguno del que pueda inferirse cuándo fue diagnosticada, lo que tampoco resulta de la documentación que integra su historia clínica. Se limita a exponer de modo genérico que, “a raíz de la operación” -practicada, como consta en el expediente, tres años y medio antes de presentar la reclamación-, tuvo noticia de que había contraído la enfermedad, iniciando su tratamiento. Si para la determinación del *dies a quo* nos atenemos al momento de diagnóstico de la enfermedad, entendiendo que la locución entrecomillada resulta indicativa de proximidad entre la intervención quirúrgica y el diagnóstico de la hepatitis, habríamos de concluir que la reclamación resulta extemporánea. No obstante, la interesada afirma que en los análisis practicados los días 28 de febrero y 16 de marzo de 2007, cuyos resultados aporta, se evidencia un nuevo estadio en la evolución de la enfermedad, que se ha cronificado. Por ello, considerando la naturaleza continuada del daño, y estableciendo estas fechas como las iniciales del cómputo, entenderemos, en una interpretación favorable a la perjudicada - puesto que todos los informes obrantes en el expediente coinciden en negar la efectividad del daño-, que, presentada la reclamación con fecha 14 de enero de 2008, ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del

citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.- Afirma la interesada que padece una hepatitis B crónica derivada del contagio transfusional del virus en un hospital de la red pública sanitaria.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, ha de destacarse que, frente a las afirmaciones de la interesada, todos los informes obrantes en el expediente coinciden en negar la realidad del daño. Las analíticas aportadas por la reclamante en prueba de sus imputaciones únicamente muestran, como indican los especialistas de la asesoría privada, una “ligera elevación de transaminasas”; alteración que, según señalan, ya existía en el estudio preoperatorio realizado a la reclamante, añadiendo que “es un hallazgo inespecífico” que se “puede deber a múltiples causas”. Los documentos con los

que la perjudicada intenta demostrar los hechos denunciados no sólo no confirman el diagnóstico de hepatitis activa, sino que, lo descartan. En efecto, los resultados del estudio serológico practicado a la muestra extraída el día 16 de marzo de 2007 dan cuenta, como subrayan los facultativos autores del citado informe, de una infección por el virus ya “pasada”, que pudo tener lugar en cualquier momento a lo largo de la vida de la interesada, pero que, en todo caso, está “curada” en la fecha en que se realiza aquel estudio. Por tanto, de los mencionados análisis no puede inferirse que la reclamante padezca una hepatitis crónica, y en este sentido resulta significativo que en la hoja de resultados de esta prueba se consigne únicamente como diagnóstico “transaminasas elevadas”. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la diagnosis de la enfermedad en estado crónico, como se apunta en dicho informe, sólo puede efectuarse mediante una biopsia hepática, cuya realización a la perjudicada no consta.

La ausencia de efectividad del daño alegado ha de conducir necesariamente a la desestimación de la reclamación y determina la improcedencia de analizar en detalle el fondo de la cuestión planteada. No obstante, los informes técnicos obrantes en el expediente no dejan lugar a dudas sobre la adecuación de la cuestionada actuación sanitaria a la *lex artis* en el asunto que se dictamina. Todos ellos coinciden en señalar que debe descartarse la existencia de responsabilidad alguna derivada de un pretendido contagio del virus de la hepatitis B a causa de la transfusión sanguínea practicada a la interesada el día 19 de mayo de 2004, pues ha resultado acreditado en el expediente que la sangre transfundida había sido previamente sometida a los preceptivos controles serológicos de enfermedades infecciosas, entre ellas la hepatitis B, con resultado negativo. Por ello, aun cuando la realidad del daño hubiera sido efectivamente probada, la reclamación habría de ser igualmente desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.