

Expediente Núm. 215/2009
Dictamen Núm. 102/2010

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 15 de abril de 2010, 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 25 de febrero de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños que atribuye a la asistencia sanitaria que se le prestó en varios hospitales públicos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de abril de 2008, se presenta en una oficina de Correos una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Consejería de Salud del Principado de Asturias, por los daños que se atribuyen a la asistencia sanitaria prestada en diversos hospitales públicos.

La reclamante refiere que “padece hepatitis B postransfusional, adquirida en una de las intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas en el

Hospital "A" y en "B", y que "ha sido mal intervenida". Manifiesta que, como consecuencia de ello "lleva 15 operaciones, dejándole secuelas en las dos piernas que le producen dolores (...), se le duermen, no puede realizar ningún trabajo y constantemente tiene que ingresar en el Hospital "C". Añade que "actualmente está pendiente de realizar pruebas hepáticas" y de una pierna, "al haberle salido unos bultos que a veces le escuecen".

Valora las "lesiones, secuelas y el daño" ocasionado en ciento cincuenta mil euros (150.000 €), solicitando una indemnización por dicho importe.

Adjunta a su escrito una hoja de petición de consulta a Dermatología del Centro de Salud, de fecha 3 de junio de 1999, en la que figura, en el apartado de antecedentes personales, entre otras afecciones, "hepatitis B postransfusional", informando aquel Servicio de "queratosis seborréica" y "fibroma axila izquierda".

2. Mediante escritos de 22 de abril de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la Dirección Gerencia del Hospital "B" y a la Dirección Gerencia del Hospital "C" una copia de la historia clínica de la reclamante obrante en los mismos.

Con fecha 29 de abril de 2008, el Secretario General del Hospital "B" comunica al Servicio instructor que con los datos facilitados no se ha podido localizar ningún antecedente en el archivo del hospital, por lo que se reitera la petición consignando más referencias.

3. Con fecha 28 de abril de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) comunica a la reclamante la fecha en que su reclamación ha tenido entrada en el Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. El día 14 de mayo de 2008, la Directora Médica del Hospital "C" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la reclamante, y el día 22 de ese mismo mes un informe del Servicio de Traumatología y Ortopedia.

En la historia clínica figuran, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe del Jefe del Servicio de Traumatología y Ortopedia, de fecha 15 de febrero de 2000, en el que se indica que la paciente ingresa para intervención quirúrgica programada por presentar "luxación inveterada femoro-tibial izquierda con inestabilidad multiligamentosa de rodilla izda./ El día 3-02-00 se procede a intervención quirúrgica consistente en artrodesis de rodilla izquierda mediante clavo de Wichita (...). Controles radiográficos correctos y herida en buen estado. Es dada de alta". En el apartado antecedentes personales figura "hepatitis B postransfusional. Intervenciones quirúrgicas: herniorrafia derecha. Diabética (...). Hipertensión arterial (...). Accidente hace 40 años con traumatismo en rodilla" izquierda. b) Informe del Servicio de Urgencias, de fecha 6 de octubre de 2005, en el que consta que la paciente acude por lumbalgia que no cede con tratamiento y, tras realizarle estudio radiológico, le diagnostican "cambios degenerativos compatibles con artrosis y escoliosis a nivel lumbar".

Con fecha 21 de mayo de 2008, el Jefe del Servicio de Traumatología y Ortopedia informa que la ahora reclamante fue intervenida el 3 de febrero de 2000 por presentar una luxación de rodilla izquierda y que "ha seguido revisiones periódicas en este Servicio hasta el día 27-02-07, fecha en la que, según consta en el curso clínico (...) no presentaba ninguna complicación y la evolución era satisfactoria (...). No entendemos, por tanto, lo que aparece en el hecho segundo y tercero de la reclamación presentada (...), en la que se indica 'que ha sido mal intervenida y que lleva quince operaciones que le producen dolores, las piernas se le duermen, no puede realizar ningún trabajo y constantemente tiene que ingresar' en el hospital. Añade que "desde la fecha de la intervención en el año 2000 no ha ingresado en este Servicio por

problemas derivados de dicha intervención desde el momento del alta (15-02-00)".

5. Con fecha 15 de mayo de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias actuante solicita a la Gerencia de Atención Primaria del Área Sanitaria III, una copia de la historia clínica de la reclamante.

6. El día 16 de mayo de 2008, el Secretario General del Hospital "B" comunica al Servicio instructor que en el archivo del citado hospital no aparece ningún antecedente a nombre de la interesada.

7. Con fecha 20 de mayo de 2008, la instructora del procedimiento solicita a la Gerencia de la Fundación Hospital "D" el historial clínico de la paciente, así como cualquier información que pudiera resultar de interés.

8. Mediante escrito notificado a la reclamante el día 22 de mayo de 2008, se le comunica la ausencia de antecedentes suyos en el Hospital "B", y se le requieren los informes médicos que obren en su poder.

9. El día 27 de mayo de 2008, el Director-Gerente de la Fundación Hospital "D" comunica a la instructora del procedimiento que en los archivos de dicha Fundación no existen datos ni documentación alguna relativa a la reclamante.

10. Mediante escrito de 29 de mayo de 2008, el Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria III remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la perjudicada obrante en el Centro de Salud

Consta abierta la misma el día 14 de marzo de 1996. En la hoja inicial se consignan los antecedentes personales de la interesada, entre los que figuran "14 intervenciones MII postraumatismo" y "transfusión: hepatitis B". Se recogen en ella episodios de hepatitis B postransfusional desde el día 1 de enero de

1993; dolor en pie dcho., el 14 de abril de 2004, acompañado de disestesias; edemas en MI, con fecha 22 de septiembre de 2004; dos nódulos de consistencia fibromatosa en pierna derecha, que se extienden a la izquierda, desde el 27 de diciembre de 2007. Se compone, asimismo, de una hoja radiológica, de fecha 6 de mayo de 1999, en la que se indica que “hace 40 años” la reclamante sufrió un traumatismo con fractura de la pierna izquierda, reflejándose “alteraciones en tibia en relación con fractura antigua. Gonartrosis”.

11. Con fecha 27 de junio de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que la paciente “fue intervenida quirúrgicamente al menos quince veces en distintas fechas e instituciones, sin concretar, y que en alguna de ellas fue contagiada por el virus productor de la hepatitis B, tras transfusión de sangre. En el estudio del historial clínico del que disponemos (...), aparece como primera fecha anotada, en el año 1997, que la reclamante padece una hepatitis B postransfusional, sin constar datos analíticos (serología positiva) de que la padece”. Tras realizar diversas consideraciones médicas sobre las formas del contagio del virus de la hepatitis B, asevera que, “de aceptar el contagio, habríamos de remontarnos a fecha anterior al año 1997, fecha del último ingreso hospitalario conocido para operarse de hernia ventral, donde no consta (que) haya sido, por tanto entramos en la hipótesis de las probabilidades y en la prescripción del daño, ya que habrían transcurrido más de diez años (...). Si recibió aporte de derivados hematológicos la reclamante en ingresos anteriores a 1997, no hemos podido constatarlo, dado que, no hay datos clínicos recogidos de esta operación, aunque es de suponer que, de haber sido transfundida, las unidades hemáticas aportadas habrían sido chequeadas, siendo aptas para la transfusión./ En la hipotética fecha de los hechos que barajamos, se testaban las unidades hemáticas a administrar para los virus productores de la hepatitis B, C y para el VIH (...). La normativa que regula la

hemodonación y bancos de sangre era cumplida en todos los hospitales dependientes de la Seguridad Social”.

Concluye que la “reclamación (...) podría haber prescrito”; que el “nexo causal no es determinante, ya que en todos los centros de la sanidad pública las unidades hematológicas aportadas eran chequeadas para el virus de la hepatitis B, siendo aptas para el uso transfusional”, y que “la actuación de los profesionales que intervinieron en la asistencia de la reclamante ha sido correcta y ajustada a la lex artis”, por lo que debe desestimarse la reclamación presentada.

12. El día 2 de julio de 2008, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del SESPA y del expediente a la correduría de seguros.

13. Con fecha 3 de julio de 2008, la reclamante presenta un escrito en una oficina de Correos al que junta un informe del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital “C”, de fecha 15 de febrero de 2000, y dos hojas de anestesia y operación del Hospital “B”, datadas el 5 de diciembre de 1962 y el 18 de enero de 1963, respectivamente.

14. Mediante escrito de 8 de julio de 2008, el Jefe del Servicio instructor traslada los informes aportados por la reclamante “con posterioridad al informe técnico de evaluación” a la correduría de seguros, subrayando “que no alteran dicho informe”.

15. Con fecha 13 de octubre de 2008, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, suscrito colegiadamente por cuatro especialistas en Medicina Interna.

En él sostienen que “con la documentación examinada es imposible responder si los hechos reclamados son ciertos o no. Se indica en la

reclamación que a la enferma se le transmitió una hepatitis B durante una de las intervenciones realizadas” en el Hospital “A” o en el Hospital “B”. No se especifica “cuándo ocurrió esta posible transmisión y los motivos que hacen pensar en tal transfusión. En los archivos de ambos centros no aparece ninguna intervención quirúrgica anterior a 1997. Por otro lado, la única documentación analítica sobre posible hepatopatía sólo aparece en la nota de la historia de Atención Primaria de diciembre de 2005 (...). En junio de 2006 se realiza serología de virus C, que es negativa, y la serología de virus B indica la existencia de una infección pasada (...), sin evidencia de infección activa./ No podemos afirmar ni desmentir que la enferma tuviese una hepatitis B postransfusional, pero lo que sí es seguro (es) que ésta no pudo ocurrir después de 1990, en que ya era obligatorio hacer la determinación de virus de hepatitis B en las muestras de sangre donada (...). Aún aceptando la posibilidad de hepatitis B postransfusional (...), los resultados de la analítica de 2006 indican que la infección curó y las alteraciones de las transaminasas que presenta pueden ser debidas a otras múltiples causas diferentes de una hepatitis B crónica que necesita de una biopsia hepática para ser diagnosticada”.

En cuanto a que “ha sido mal intervenida”, apuntan los especialistas que “no es posible hacer ninguna valoración, ya que no existe documentación de intervenciones anteriores y la realizada en 2000 lo fue para (...) una artrodesis de rodilla que, por definición, deja una importante secuela funcional, ya que el objetivo (...) es eliminar la articulación (y por tanto el movimiento) de la rodilla”.

16. Mediante escrito notificado a la interesada el día 28 de octubre de 2008 se le comunica la apertura del trámite de audiencia, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 31 del mismo mes, se persona ésta en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo compuesto en ese momento por doscientos treinta y cinco (235) folios,

según se indica en la diligencia extendida al efecto. No consta que se hayan presentado alegaciones.

17. El día 6 de febrero de 2009, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, basándose en argumentos idénticos a los recogidos en el informe técnico de evaluación y en el dictamen elaborado a instancias de la compañía aseguradora, subrayando que “no se encuentra negligencia en el proceso asistencial”.

18. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 4 de marzo del mismo año, 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.- 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 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

CUARTA.- 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 concurren, al

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

QUINTA.- La reclamante interesa una indemnización por diversos padecimientos que atribuye a la asistencia sanitaria que se le prestó en dos hospitales públicos.

Como cuestión previa, hemos de consignar la falta de concreción de la reclamación, que no incluye, en el exiguo relato de los hechos que la sostienen, referencia alguna a las circunstancias en que pudieran haber sucedido. Así, no precisa en qué momento y tras qué intervención se le diagnosticó la hepatitis B, ni dónde y cuándo se le practicó la que ella considera mal realizada. Por lo que se refiere a las 15 operaciones que atribuye a la mala práctica de la primera, no señala su naturaleza, ni tampoco el hospital ni el momento en el que se llevaron a cabo. Asimismo, no especifica las secuelas de dichas intervenciones.

Por otro lado, y a pesar de haber sido expresamente requerida para ello, al no constar en su historia clínica documentos relativos a los hechos que denuncia, no ha aportado prueba o indicio alguno de los mismos, ni siquiera de su realización en el ámbito de la sanidad pública frente a la que reclama.

La precariedad de los datos expuestos y la ausencia de prueba sobre ellos es suficiente por sí sola para desestimar la reclamación presentada, toda vez que impide apreciar la relación de causalidad y la antijuridicidad cuya existencia sería inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración, sin olvidar que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de señalar que los datos disponibles nos llevan a considerar que la reclamación se ha presentado una vez finalizado el plazo de prescripción.

A este respecto, 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 presente supuesto, el del contagio de la enfermedad o, en su caso, el de su diagnóstico y la fecha de realización de la intervención que la interesada considera indebidamente practicada); sin embargo, 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.

En el asunto examinado, la reclamación se presenta con fecha 10 de abril de 2008, y la hepatitis B postransfusional y las catorce intervenciones quirúrgicas en el miembro inferior izquierdo de la perjudicada constan ya, como antecedentes, en el inicio de su historia clínica en el centro de salud, que data de 1996. Por otra parte, debemos señalar que, como informan los especialistas en Medicina Interna, no existen evidencias de hepatitis B crónica, sino de una infección ya pasada o curada. Por tanto, es claro que el derecho a reclamar por la presunta producción de tales daños se habría ejercido fuera del plazo de un año legalmente determinado.

Si tenemos en cuenta otros efectos lesivos que se citan en la reclamación -dolor y adormecimiento de ambas piernas-, también apreciamos el transcurso de más de un año desde su aparición, pues tales síntomas figuran en un episodio abierto en el centro de salud el día 14 de abril de 2004. La presencia

de unos nódulos en las piernas, por los que consulta por primera vez en diciembre de 2007, es irrelevante a estos efectos, pues ni siquiera la perjudicada alega su relación con los hechos dañosos.

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.