

Expediente Núm. 48/2011
Dictamen Núm. 317/2011

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 3 de noviembre de 2011, 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 febrero de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de marzo de 2010, el perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos tras ser diagnosticado erróneamente VIH+.

Inicia su relato refiriendo que el día 22 de abril de 1998, durante su ingreso en el Centro Penitenciario de Villabona, fue sometido a análisis de “serología para VIH” en un hospital de la red pública que arrojaron “resultado

positivo”, y señala que este resultado se repitió “durante los años a los que fue sometido a dichos controles”. Afirma que “a partir de este momento el servicio médico que atendió al compareciente le comunicó la enfermedad de la que era transmisor, todas las pautas de higiene y cuidados y las precauciones que a partir de ese momento debía seguir para evitar el contagio a otras personas, así como los controles periódicos a que debía someterse”.

Refiere que “tras conocer dicha enfermedad, una vez en libertad (...) cae en una fuerte depresión, de la que tiene que ser tratado, como consecuencia del rechazo familiar y social que sufre la enfermedad y los trastornos psicológicos que esta le produce, tales como hipocondría, fobias, estados de pánico y ansiedad, que le llevan de nuevo (a las) drogas y a delinquir”.

Relata que el día 3 de abril de 2008 ingresa en el Centro Penitenciario de Valencia, “donde es sometido, con fecha 16 de mayo de 2008, a nuevas analíticas de seguimiento para VIH, dando resultado negativo”, por lo que “ante el desconcierto” que le produce “esta situación”, el día 2 de julio “remitió un escrito a la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, a fin de recibir una explicación e información adecuada acerca del cambio en los resultados de las citadas analíticas, manifestando la Administración, en su escrito de fecha 9 de julio de 2008, que el seguimiento clínico realizado por el servicio médico del centro penitenciario había sido el adecuado, sin más explicación”.

Al ser trasladado al centro penitenciario de Asturias, solicita “nuevas pruebas de contraste para comprobar dicho resultado, las cuales vuelven a ser negativas, tal como se acredita con el informe definitivo emitido por el Servicio de Microbiología del (mismo hospital público en el que se habían realizado las primeras pruebas), de fecha 25 de junio de 2009”.

Señala que “la creencia de ser portador de la citada enfermedad durante estos más de once años (le) ha provocado (...) un mal irreparable (...) en todos los ámbitos” de su vida, cuantificando el daño moral sufrido en doscientos sesenta y siete mil noventa y dos euros con noventa y dos céntimos (267.092,92 €).

Achaca al servicio público sanitario una serie de “deficiencias, no en el actuar de los facultativos y sus funciones de diagnóstico, sino en el actuar administrativo manifestado en la carencia de medios de diagnóstico de contraste, en la urgente necesidad de realización de los mismos, en la falta de información al paciente de esos medios y el resultado de los mismos, es decir, que el diagnóstico no era definitivo, en tanto en cuanto no fuese confirmado por la realización de la ulterior técnica de contraste, y además de no informarle del resultado que descartaba la enfermedad”.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Informes del Laboratorio de Serología del Servicio de Microbiología y Enfermedades Infecciosas de un hospital público, en las que se indica “C. P. Villabona” en el apartado “procedencia”, con las fechas y resultados que se expresan a continuación: i) Dos informes con fecha de entrada 22-04-98 en los que se anota, respectivamente, en el apartado “Serología para: VIH”, lo siguiente: “anti-VIH 1+2 Positivo./ Confirmatorio VIH Indetermin”, y “anti-VIH 1+2 Positivo./ Confirmatorio VIH Positivo”. En el último de los señalados figura una corrección manual salvada con una rúbrica en la que se anota “error” y “dudoso/indeterminado” en el apartado “Confirmatorio VIH”. ii) Informe con fecha de entrada 28-05-98, en el que se anota “Serología para: VIH/ anti-VIH 1+2 positivo./ Confirmatorio VIH Indetermin./ Esta muestra ha resultado positiva para antiVIH por dos métodos de ‘screening’, negativa por otro e indeterminada por el test confirmatorio Innolia. Por favor, envíen otra muestra para seguimiento de VIH./ Serología para: Seguimiento VIH/ Carga viral VIH 1 Indetectab”. iii) Informe de fecha de entrada 13-08-98 en el que consta “Serología para: VIH/ anti-VIH 1+2 positivo./ Confirmatorio VIH positivo./ Serología para: Seguimiento VIH/ Carga viral VIH 1 Indetectab”. iv) Informe con fecha de entrada 26-11-98 “Serología para: VIH/ anti-VIH 1+2 Positivo./ Confirmatorio VIH Positivo”. v) Informe con fecha de entrada 27-10-1999 en el que se anota “Serología para: seguimiento VIH (...) 4.870 cop/ml”. b) Informes del mismo Laboratorio, en los que se anota “Hospital” y “Medicina Interna”, en los apartados “procedencia” y “servicio”, con las siguientes fechas y

anotaciones: 09-10-00 "carga viral VIH 1 Indetectab"; 19-11-01 "carga viral VIH 1 Indetectab"; 27-08-02 "carga viral VIH 1 Indetectab". c) Informes del Laboratorio de Salud Pública correspondientes a las fechas 28-08-98, en el que se anota "patrón indeterminado mantenido. Enviar control a los seis meses", y 11-12-1998, en el que se refleja "patrón indeterminado mantenido". d) Escrito del reclamante en el que refiere "la medicación que estoy tomando y algunos síntomas que tengo", sin fecha ni destinatario. e) Informe del Servicio de Microbiología del Área Sanitaria 9 de Valencia, fechado el 9 de noviembre de 2007, en el que se anota "anticuerpos Anti-VIH 1+2 Negativo". f) Informe del Centro de Diagnóstico Biomédico de un hospital público de Valencia, fechado el 8 de mayo de 2008, en el que se anotan, entre otros resultados, "anticuerpos Anti-VIH 1+2 Negativo". g) Escrito de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria del Ministerio del Interior, de fecha 9 de julio de 2008, dirigido al interesado, en el que consta lo siguiente "con relación a su escrito (...) y una vez recabada la información pertinente, esta Subdirección General considera adecuado el seguimiento clínico realizado por el servicio médico del centro penitenciario./ Según esta información, usted ingresó por primera vez en el C. P de Valencia el 07-02-2006 procedente de libertad. Refería ser VHC positivo. Se marchó en libertad ese mismo mes./ 18-04-2006 nuevo ingreso donde refiere ser VHC positivo. En la historia clínica consta una consulta del 5 de mayo donde usted le comentó al médico que en Asturias le habían informado ser VIH positivo y que en el Hospital (...) de Valencia en noviembre de 2005 le informaron ser VIH negativo. Se solicitó analítica para determinar VIH, pero se marchó otra vez en libertad./ Nuevo reingreso el 26-10-2006 y desde entonces constan tres analíticas 17-11-2006, 28-09-2007 y 08-05-2008 con el resultado de VIH negativo". h) Informe "definitivo" del Servicio de Microbiología de un hospital de la red pública asturiana, fechado el día 25 de junio de 2009, en el que se anota "antiVIH negativo". i) Informe médico suscrito por el Facultativo Oficial del Centro Penitenciario de Villabona, emitido a petición del interesado el 25 de febrero de 2010, en el que consta que el interno "tiene pautado tratamiento antidepresivo (...), estando definido por el psiquiatra del módulo

terapéutico como: inestable anímicamente con bajadas en el nivel de ánimo. Respuestas inestables e impulsivas con escaso control ante la frustración al no conseguir objetivos diversos”.

2. Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 30 de marzo de 2008, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Director Gerente del hospital público en el que se practicaron los análisis que se reputan erróneos que le remita copia de la historia clínica del perjudicado, así como informe del Servicio de Microbiología. En idéntica fecha solicita a la Dirección General de Salud Pública y Participación le remita copia de la documentación relativa al proceso de referencia que obre en poder del Laboratorio dependiente de esa Dirección General, así como un informe sobre el contenido de la reclamación.

4. Con fecha 14 de abril de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones del citado hospital remite al Servicio instructor copia de la historia clínica del perjudicado, en la que consta: a) Historia clínica del Servicio de Dermatología II en la que se anota, el día 21 de mayo de 1999, “A. P. VIH+/VHC+”. b) Hoja de curso clínico del Servicio de Medicina Interna II, Infecciosas, en la que figura anotado el día 19 de junio de 2000 “estuvo en Centro Penitenciario de Villabona en 1998./ VIH+ conocido desde 1998:/ Con CD4 según el pte 600 y carga viral 4.870 copias./ Tenemos resultados de C. V de XI-99 (4870 copias)./ Nunca tuvo una infección oportunista./ E. A. viene para seguimiento de su infección VIH (...) I.D.: VIH+”. En la misma hoja constan anotaciones correspondientes a las consultas de seguimiento de los días 9 de noviembre de 2000 (“asintomático./ CD4 643 2,6/ C.V./ Plan: revisión

6 meses"); 4 de marzo de 2001 ("asintomático (...)./ Análisis CD4/CV: 600/-"), 15 de junio de 2001 ("asintomático/ CD4 748 3,2./ C.V. 73./ Plan: revisión en 6 meses") y 21 de octubre de 2002 ("se queja de dispepsia que está estudiando el médico de cabecera./ CD4 784/C.V.-./ Plan Revisión en 6 meses"). c) Hoja del Servicio de Medicina en la que se anotan las cifras correspondientes a "Nº CD4", "carga viral"; "CD4/CD8" en las fechas 11/99, 11/00, 06/01, 11/01, 10/02, reflejándose "NO" en el apartado tratamiento para cada una de las fechas.

5. El día 28 de mayo de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del hospital remite al Servicio instructor copia del informe del Servicio de Microbiología.

Consta en el citado informe, fechado el 24 de mayo de 2010, que "el 22 de abril de 1998 se registró en el laboratorio una muestra de suero para realizar estudios serológicos, entre ellos una determinación de anticuerpos frente a VIH./ Se realizó inicialmente una técnica de cribado de anticuerpos antiVIH, que resultó ser `positiva`./ Siguiendo las recomendaciones científicas en vigor y el protocolo del Laboratorio de Microbiología del hospital, se realizó a continuación una técnica de confirmación mediante la técnica Innolia con resultado de `indeterminado` (...), y se derivó la muestra al Laboratorio de Referencia del Laboratorio de Salud Pública de la Consejería de Sanidad./ Las técnicas utilizadas se realizaron e interpretaron siguiendo las recomendaciones del fabricante".

Sigue refiriendo que "a lo largo de 1998 y hasta 2001 se recibieron nuevas muestras del mismo paciente./ Varios estudios serológicos a lo largo de 1998 fueron: a) positivos mediante técnicas de cribado EIA y b) con patrón indeterminado o positivo mediante el confirmatorio Innolia. Se derivaron muestras al Laboratorio de Referencia de Salud Pública de la Consejería de Sanidad./ Varias muestras de plasma recibidas para la determinación de carga viral fueron indetectables para VIH aunque una determinación de octubre/1999 fue positiva con una carga baja, y otra en límite bajo de la técnica".

Manifiesta que “atendiendo a los datos de laboratorio, es necesario considerar:/ La existencia de 4 determinaciones consecutivas de anticuerpos frente a VIH mediante una técnica de EIA, que fueron positivas (abril, mayo, agosto y noviembre de 1998)./ Las dos primeras muestras (abril y mayo de 1998) en las que se realizó determinación de anticuerpos frente a VIH mediante la técnica de confirmación Innolia dieron un resultado indeterminado y las dos determinaciones siguientes (agosto y noviembre de 1998) fueron positivas./ Una determinación de carga viral VIH de 1999 fue positiva baja”.

Concluye que “la actuación del laboratorio fue correcta y se ciñó a las normas en vigor en dicho momento./ La positividad o la presencia de un patrón indeterminado repetidamente para VIH, mediante diferentes técnicas puede tener diversas explicaciones, las más frecuentes:/ Falsos positivos repetidos en diferentes muestras y mediante diferentes técnicas./ Paciente con infección de VIH con curación espontánea”.

6. Con fecha 14 de junio de 2010, la Directora General de Salud Pública y Participación remite al Servicio instructor un informe sobre los hechos.

En él se refiere que la Sección de Inmunología recibió en el año 1998 -los días 6 de mayo, 26 de agosto y 4 de diciembre- “tres muestras de suero” del reclamante, “remitidas por el Laboratorio de Microbiología II (...) para la confirmación de la presencia de anticuerpos anti-VIH detectados por dicho laboratorio./ El procedimiento utilizado para la confirmación de los anticuerpos anti-VIH incluye la detección de anticuerpos anti-VIH por enzimoimmunoanálisis (EIA) e inmunoelectrotransferencia (Western-Blot). Un resultado del Western-Blot positivo (patrón positivo) confirma la presencia de anticuerpo anti-VIH. Para la interpretación del Western-Blot utiliza los criterios de la Organización Mundial de la Salud”.

Se concluye que “en todas las muestras se encontró el mismo patrón indeterminado (p24 positivo), descartándose la aparición de nuevos anticuerpos (no se produjo seroconversión) frente a diferentes antígenos del virus después de seis meses de seguimiento, por lo que se informó al laboratorio remitente la

presencia de un patrón indeterminado mantenido en las muestras de este paciente". Añade que aún se dispone de "alícuotas de los sueros 327 y 457 (segunda y tercera muestra) en la seroteca del laboratorio".

7. El 18 de junio de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Director Gerente del Hospital Universitario Central de Asturias le remita copia del "estudio serológico de 25 de junio de 2009 en el que se recoge que la serología antiVIH es negativa", que fue aportado por el reclamante pero que no figura en su historia clínica, y que el Servicio de Microbiología aclare el extremo contenido en su informe que relaciona "la positividad de sus resultados (...) con una curación espontánea del VIH".

8. Con fecha 10 de agosto de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones remite al Servicio instructor el informe complementario del Servicio de Microbiología, así como copia del estudio serológico solicitado.

En el informe complementario, de fecha 9 de agosto de 2010, la Jefa del Servicio refiere que "el último párrafo del informe (anterior) (paciente con infección por el VIH con curación espontánea) se refiere a lo que en la bibliografía se conoce como `HIV seroreversión´ (...). Tal como se ha expuesto en dicho informe, la primera posibilidad a considerar es un falso positivo (posiblemente en relación a una reacción determinada, a la presencia de un proceso infeccioso o inflamatorio activo o a la presencia de una reactividad cruzada con una infección por otro retrovirus); la segunda posibilidad que se expone, con todas las dudas que pueda suscitar, ha sido descrita en poblaciones variadas, en particular en neonatos y en estudios de tratamiento en la primoinfección VIH del adulto". Adjunta información bibliográfica.

9. Con fecha 2 de septiembre de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración. Señala que "atendiendo a los datos de laboratorio de Microbiología (...), es necesario considerar que el

reclamante presentó cuatro determinaciones consecutivas de anticuerpos frente a VIH mediante una técnica de EIA, que fueron positivas (abril, mayo, agosto y noviembre de 1998). Las dos primeras muestras (abril y mayo de 1998) en las que se realizó determinación de anticuerpos frente a VIH mediante la técnica de confirmación Innolia dieron un resultado indeterminado y las dos determinaciones siguientes (agosto y noviembre de 1998) fueron positivas. Presentó también en 1999 una determinación de carga viral positiva baja. Varias muestras de plasma recibidas para la determinación de carga viral fueron indetectables para VIH aunque una determinación de octubre/1999 fue positiva con una carga baja y otra en el límite bajo de la técnica./ Por el contrario, los estudios serológicos efectuados, de acuerdo con la protocolización establecida, en el Laboratorio de Salud Pública de la Consejería de Salud evidenciaron el mismo patrón indeterminado (p24 positivo), descartándose la aparición de nuevos anticuerpos. Es decir, no llegó a producirse la seroconversión, de tal manera que el paciente no fue nunca diagnosticado de VIH positivo mediante la técnica Western-blot, que era la considerada en aquel momento como prueba confirmatoria definitiva”.

Seguidamente, pone de manifiesto que “no consta en la documentación incorporada al expediente la valoración clínica que se realizó de este conjunto de estudios serológicos ni qué información se le dio al paciente. Tampoco sabemos que facultativos valoraron las pruebas e informaron al paciente. Sin embargo, dos años después, el reclamante fue atendido por el Servicio de Medicina Interna II-Infecciosas del (mismo hospital donde se había realizado el estudio serológico inicial), concretamente el 19 de junio de 2000 se anota en el curso clínico que es VIH+ conocido desde 1998, que acude para seguimiento de su infección por VIH y se indica como impresión diagnóstica VIH +. Es objeto de revisiones el 9-11-2000, 15-06-2001, 04-03-2002, 21-10-2002 y 27-01-2003 en las que se confirma la positividad frente a VHC y no se vuelven a realizar serologías de VIH./ En la historia clínica se encuentra recogida una consulta realizada el 21 de mayo de 1999 en el Servicio de Dermatología II en la que se señala como antecedentes VIH+ y VHC+./ En la copia de la historia

remitida por el (hospital) con motivo del presente informe no se encuentra ninguno de los estudios analíticos elaborados por el Laboratorio de Salud Pública de la Consejería que, sin embargo, sí han sido aportados por el reclamante junto con su escrito inicial”.

Refiere que “el informe elaborado con fecha 24 de mayo de 2010 por la Jefa del Servicio de Microbiología (...) con motivo de la instrucción del presente expediente de responsabilidad patrimonial, finaliza considerando que la positividad o presencia de un patrón indeterminado repetidamente para VIH mediante diferentes técnicas puede tener diversas explicaciones, siendo las más frecuentes los falsos positivos repetidos y la curación espontánea de la infección por VIH, afirmación esta última que posteriormente apoya con una abundante bibliografía que se incorpora al expediente. Respecto al análisis de la posibilidad de una curación espontánea no merece la pena dedicar tiempo alguno toda vez que en el caso que nos ocupa sabemos desde un principio que el paciente nunca tuvo la infección por VIH ya que lo descartó el Laboratorio de Salud Pública, tratándose por tanto de falsos positivos de las técnicas de cribado de anticuerpos antiVIH e Innolia”.

Continúa relatando que el motivo por el que el interesado “tuvo una serie de análisis positivos o indeterminados frente a la posible infección por el VIH tiene numerosas explicaciones, tal y como están descritas en la literatura científica (...). Entre las múltiples etiologías de los falsos positivos se recogen infecciones por otros virus, procesos inflamatorios activos, enfermedades hepáticas y adicción a las drogas por vía parenteral”.

Respecto a la patología psiquiátrica que dice sufrir el reclamante como consecuencia del supuesto error diagnóstico, señala que “hay que tener en cuenta que el reclamante ya se encontraba en tratamiento en el Centro de Salud Mental (...) desde 1988. En 1994 se señala que sufre una desestructuración de su vida, estando aislado de su familia de origen y de la adquirida (...). Es decir, el reclamante padecía serios trastornos con anterioridad a los análisis que pudieron producirle la angustia derivada de los falsos positivos y la incertidumbre de resultados con patrones indeterminados”.

Sostiene que “no puede admitirse la afirmación relativa a que vivió once años con un diagnóstico erróneo de VIH positivo ya que el mismo reclamante aporta documentación que acredita que en noviembre de 2005 ya se le informó que era negativo y, por tanto, a partir de ese momento, tuvo conocimiento de que los resultados de los análisis hechos (en el año 1998) eran falsos positivos”, por lo que pretender “que el único análisis que definitivamente descartó su positividad frente al VIH es el realizado el 25 de junio de 2009 (...), es simplemente un intento de evitar la prescripción de la acción para entablar una reclamación de responsabilidad patrimonial. El reclamante conoce desde noviembre de 2005 que los estudios serológicos (...) realizados en 1998 eran falsos positivos y que no era VIH positivo y por tanto esa es la fecha que establece el inicio del cómputo del plazo para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial por el hipotético daño sufrido como consecuencia de la información diagnóstica que pudiera habersele proporcionado”. En consecuencia, “resulta evidente que la acción para reclamar ha prescrito”.

10. Mediante escritos de 6 de septiembre de 2010, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

11. Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2010, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. El día 4 de enero de 2011, su representante se presenta en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo (...), según hace constar en la diligencia extendida al efecto.

12. Con fecha 21 de enero de 2011, el reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que refiere que “la afirmación que recoge el Oficio de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria (...) consistente en que ‘en la historia clínica consta una

consulta del 5 de mayo donde usted le comentó al médico que en Asturias le habían informado ser VIH positivo y que en (un hospital de otra Comunidad Autónoma), en noviembre de 2005 le informaron ser VIH negativo', es totalmente falsa (...), jamás le informaron en el año 2005 de ser VIH negativo, no existen analíticas de fecha noviembre de 2005 y la administración no ha presentado ninguna para acreditar dicha afirmación./ Si bien es cierto que la primera analítica con resultado negativo que le fue realizada (...), es de fecha 7 de noviembre de 2007 (...), no recibió un diagnóstico definitivo hasta el 25 de junio de 2009, ya que hasta la fecha, ante el cambio que se había producido, los resultados eran inciertos, muestra de ello es que en el momento en que (...) recibe el primer resultado negativo interesa información fehaciente al respecto y tras la contestación aportada por la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, que nada le esclarece al respecto, es sometido a nuevas analíticas", por lo que solicita al Servicio instructor que se admita que "la reclamación interpuesta (...) fue formulada dentro de plazo".

13. Con fecha 1 de febrero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En la misma, señala que "al paciente se le trató como VIH positivo, dando por buena una técnica analítica confirmatoria cuando la realmente válida no lo era. Se puede concluir por tanto que ciertamente se produjo un error diagnóstico derivado del falso positivo dado por una determinada técnica analítica, cuando había resultados que descartaban dicho diagnóstico de manera indubitada, pero que no fueron tenidas en cuenta (...). El paciente nunca fue VIH positivo y lo que se produjo fue un error interpretativo de los distintos análisis realizados".

En cuanto al plazo de presentación de la reclamación señala que "curiosamente" el reclamante niega haber conocido desde noviembre de 2005 que no es VIH positivo pese a que "este dato (...) ha sido aportado como prueba documental por el propio reclamante", y afirma que no es "creíble que los estudios analíticos se hayan practicado y no se haya informado al paciente

de sus resultados". Destaca que el reclamante "aporta como prueba documental (...) sendos estudios analíticos realizados el 9 de noviembre de 2007 (...) y el 16 de mayo de 2008 (...) que también informan los estudios serológicos como negativos para VIH (...). Desconocemos por qué motivo estos estudios tampoco son suficientes para que el reclamante tuviese conocimiento de la existencia de los falsos positivos (...). Hay que esperar al único que evitaría la prescripción: el estudio hecho (...) el 25 de junio de 2009".

Por todo ello concluye que "en definitiva, el reclamante conoce desde noviembre de 2005 que los estudios serológicos (...) realizados en 1998 eran falsos positivos y que no era VIH positivo y por tanto esa es la fecha que establece el inicio del cómputo del plazo para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial por el hipotético daño sufrido como consecuencia de la información diagnóstica que pudiera habersele proporcionado" y que "no existe ninguna duda de que el plazo deber computarse desde noviembre de 2005, fecha en que tiene conocimiento del supuesto daño infringido", encontrándose en el expediente "pruebas documentales de los análisis de confirmación de su negatividad hechos en 2006, 2007 y 2008". En consecuencia, "habiéndose presentado la reclamación cuatro años y cuatro meses después, en concreto el día 15 de marzo de 2010, resulta evidente que la acción para reclamar ha prescrito".

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de febrero de 2011, registrado de entrada el día 24 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 el interesado activamente legitimado 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, pues determinadas actuaciones clínicas, como la realización de los análisis serológicos cuya interpretación ha servido de base para el diagnóstico, o el seguimiento, desde el año 2000, del curso de la supuesta infección, se han realizado en el ámbito del servicio público sanitario asturiano. Ahora bien, no puede obviarse que, como reconoce el propio instructor, no se ha llegado a determinar una cuestión esencial, cual es la de “qué facultativos valoraron las pruebas e informaron al paciente”. Los documentos obrantes en el expediente muestran que todos los estudios serológicos realizados en 1998, año del diagnóstico, fueron emitidos a solicitud del servicio médico del centro penitenciario en que se encontraba interno entonces el perjudicado, servicio al que los análisis se cursaban directamente, sin dejar copia en la historia clínica del hospital en el que se realizaban y en el que se atendería al paciente dos años más tarde. Todo ello, nos ofrece un indicio de que la diagnosis por la que se reclama pudiera haber

sido realizada en el ámbito de la Administración penitenciaria, en cuyo caso la reclamación debería desestimarse por falta de legitimación pasiva del Principado de Asturias.

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.

Por último, 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.- En el examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, hemos de identificar, en primer lugar, los supuestos daños alegados y su naturaleza jurídica, para luego examinar si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto.

El objeto de la pretensión que analizamos se dirige, tal y como se expresa en el escrito de reclamación, al resarcimiento del daño moral causado por “la creencia de ser portador de (una) enfermedad durante (...) más de once años”. Aquel daño se manifestó, según refiere el propio interesado, tanto a través de una “fuerte depresión” en la que, según refiere, cae “una vez en libertad”, como a través de otros trastornos psicológicos que padeció por aquella causa: “hipocondría, fobias, estados de pánico y ansiedad”.

En prueba de estos daños, el reclamante aporta exclusivamente un informe, suscrito por el Facultativo Oficial del Centro Penitenciario de Villabona el día 25 de febrero de 2010, en el que refleja que el perjudicado, interno en dicho centro, “tiene pautado tratamiento antidepressivo (...) estando definido por el psiquiatra del módulo terapéutico como: inestable anímicamente con bajadas en el nivel de ánimo. Respuestas inestables e impulsivas con escaso control ante la frustración al no conseguir objetivos diversos”. Sin embargo, tal informe no alcanza a probar los daños alegados. En primer lugar, porque en el mismo no se hace referencia a la hipocondría, fobias, estados de pánico y ansiedad que el perjudicado dice haber sufrido por causa del diagnóstico. En segundo término, por lo que a la depresión se refiere, porque no podemos extraer del informe que se presenta como prueba, emitido en febrero de 2010, que la inestabilidad anímica que en el se refleja se corresponda con el mismo proceso depresivo iniciado en 1998, pues ni en el citado informe se hace referencia a esta continuidad, ni se aporta por parte del interesado ninguna otra prueba que venga a confirmar esta consideración.

Ahora bien, aunque se apreciara la concurrencia de un daño real, efectivo, individualizado y evaluable económicamente, la existencia de un daño sufrido en el ámbito de la asistencia prestada por el servicio público sanitario no

implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse, en primer lugar, que la acción ha sido ejercitada dentro del plazo establecido.

En lo que a esta cuestión se refiere, 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”.

Tratándose de una reclamación por causa de error diagnóstico, el *dies a quo* ha de coincidir con el momento en el que el perjudicado tiene conocimiento del citado error, pues a partir de ese momento dispone de todos los datos precisos para la imputación y cuantificación de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración.

A propósito de esta cuestión, hemos de destacar que el interesado obtuvo el primer resultado negativo para VIH “en noviembre de 2005”, tal y como resulta del escrito de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria incorporado al procedimiento por el propio reclamante. Consta en el expediente, asimismo, que el mismo resultado negativo se reflejó en cuatro analíticas posteriores. A las de fecha 17 de noviembre de 2006, 28 de septiembre de 2007, y 8 de mayo de 2008 se refiere el citado escrito de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, en tanto que la cuarta prueba negativa tiene fecha 9 de noviembre de 2007 y su informe de resultados lo aporta, junto con el de 8 de mayo de 2008, el propio reclamante.

Tras todas ellas se realizó una última prueba, que la parte pretende presentar como “diagnóstico definitivo”, y cuya fecha -25 de junio de 2009- postula como *dies a quo* del cómputo del plazo para reclamar al objeto de evitar la prescripción. Para ello, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia niega la práctica de analítica alguna anterior al 7 de noviembre de 2007, y aduce que los resultados de las pruebas realizadas en

2007 y 2008 -cuya práctica no puede negar, pues ha aportado los informes junto con el escrito de reclamación- arrojan resultados “inciertos”.

Frente a las pretensiones del interesado, probado que se realizaron cuatro analíticas negativas antes del 25 de junio de 2009, y en ausencia de acreditación alguna sobre el carácter incierto o no concluyente de las mismas, ha de entenderse que la acción para reclamar se ejercitó de modo extemporáneo, por lo que debe ser desestimada.

No obstante, aunque la extemporaneidad de la reclamación pudiera obviarse, nuestro dictamen habría de ser igualmente negativo.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el asunto que analizamos, el interesado no ha desarrollado la menor actividad probatoria de aquel nexo causal, limitándose a poner de manifiesto un error diagnóstico, que achaca al servicio público sanitario frente al que dirige la reclamación y que, en puridad, como hemos destacado en la consideración segunda, no se encuentra acreditado. En efecto, no ha aportado el reclamante el informe médico en el que se refleja el diagnóstico de seropositividad frente a VIH, construyéndose la reclamación a partir de la aportación de unas analíticas de las que, como destaca el instructor, no se extrae directamente aquella impresión diagnóstica, sino a través de una interpretación necesariamente errónea cuya autoría, además, se desconoce.

Frente a lo anterior, resulta de la documentación que analizamos que la actuación desarrollada en el ámbito del servicio público frente al que se dirige la

reclamación ha sido correcta, pues consta en el informe del Servicio de Microbiología, de fecha 24 de mayo de 2010, que las pruebas serológicas se realizaron con arreglo a las recomendaciones científicas en vigor y a los protocolos establecidos en aquel momento.

Todo ello ha de conducir a que se desestime la reclamación presentada por extemporánea, porque los daños alegados no han sido acreditados, y porque, además, no guardan relación causal con el funcionamiento del servicio público sanitario.

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.