

Expediente Núm. 28/2012
Dictamen Núm. 117/2012

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 19 de abril de 2012, 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 13 de febrero de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de abril de 2011, el interesado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la, a su juicio, incorrecta atención recibida por parte del sistema público de salud.

Expone que el día 25 de febrero de 2002 se le proporciona en una consulta del Hospital un “informe médico” en el que se indica que “tengo el

VIH”, enfermedad que, subraya, “jamás he tenido ni tengo”, lo que le ha ocasionado diversos “trastornos mentales”.

Por otra parte, señala que el día 17 de febrero de 2010, tras ser operado de “una hernia epigástrica” en el mismo centro, surgen “enormes bultos y dolores insoportables”. Informado de la necesidad de realizar una nueva intervención, plantea que, dada su carencia de recursos económicos y su situación de interno penitenciario, se le traslade a un “hospital privado (extrapenitenciario) donde sean imparciales y no puedan tergiversar nada de la reoperación con falsedades que eviten el error”.

Solicita, por ambas “negligencias”, que, afirma, le “han destrozado la vida en todos los sentidos”, “las inhabilitaciones, indemnizaciones, daños, perjuicios y demás gastos que se puedan producir”.

Adjunta copia del escrito presentado el 1 de febrero de 2011 y dirigido al hospital en el que fue tratado, al que, según consta anotado, se dio contestación.

2. Con fecha 9 de mayo de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al interesado la fecha de entrada de su reclamación en la Administración del 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.

Asimismo, le requiere para que en el plazo de diez días proceda a la cuantificación económica del daño o a la motivación de las causas que le impidan realizarla, con advertencia de que la falta de respuesta originará que se le tenga por desistido de su petición.

3. El día 17 de mayo de 2011, el perjudicado presenta un escrito en el que cuantifica la reclamación en sesenta mil euros (60.000 €), “teniendo en cuenta que el daño sufrido puede provocar una incapacidad parcial o incluso total a

nivel laboral” y atendiendo al periodo en activo que, dada su edad actual, considera restaría hasta alcanzar la de jubilación.

4. Mediante oficio de 26 de mayo de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del centro hospitalario implicado remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del interesado y, el día 31 del mismo mes, el informe emitido por el Servicio de Digestivo.

5. Con fecha 7 de junio de 2011, el Responsable del Servicio de Vigilancia y Alertas Epidemiológicas remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios un escrito en el que indica que, “tras la consulta de los archivos de recepción de muestras en nuestro laboratorio, no consta la llegada de ninguna (...) procedente de la persona citada, no realizándose, por tanto, análisis alguno en muestras de dicha persona”.

6. El día 5 de julio de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación reitera la petición de informe al Servicio de Cirugía General y solicita al Servicio de Digestivo aclaración sobre el extremo concreto planteado en la reclamación -la existencia de diagnóstico erróneo de VIH-, pues el informe remitido “se limita a constatar que efectivamente el paciente nunca tuvo serologías positivas para” dicha patología.

Con fechas 14 y 22 de julio de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital remite al Servicio instructor los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Digestivo y por el Jefe de la Sección de Hepatobiliar, respectivamente.

7. El día 22 de agosto de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él concluye, respecto a la primera de las “negligencias” denunciadas, que “es obvio que se trata de una confusión” que, por lo que razona, era conocida por

el reclamante. Señala además que, “aun cuando admitiésemos que en algún momento creyó ser seropositivo, el 15 de febrero de 2010”, con ocasión de la consulta por hernia epigástrica, “informa al médico que le realiza la anamnesis que hace años que está negativizado”, por lo que la acción para reclamar habría prescrito.

En cuanto a la “presunta recidiva de la hernia epigástrica”, constata que parece tratarse más bien de un “neuroma y reacción a un cuerpo extraño”, habiéndose tramitado la revisión de la herida quirúrgica, si bien el proceso, según consta, ha sido anulado por el abogado del paciente.

8. Mediante escritos de 2 de septiembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios 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.

9. Con fecha 26 de septiembre de 2011, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por cuatro especialistas en Cirugía General y Digestivo, circunscrito a la imputación relativa a la intervención quirúrgica. En él se concluye que la indicación de la cirugía, así como el desarrollo de la misma, y la posterior de hernia inguinal izquierda fueron correctas, reseñándose que “es muy posible” que los cuatro “bultos” referidos por el paciente “sean los nudos de la sutura de Prolene” (polipropileno) empleada “para la sujeción de la malla” durante la hernioplastia, y que todos los profesionales implicados actuaron “de acuerdo con la lex artis”.

10. El día 3 de octubre de 2011, la misma asesoría emite informe, suscrito por un especialista en Medicina Interna, Enfermedades Infecciosas y Experto en VIH/SIDA, en el que, a la vista de la historia clínica, confirma la existencia de un error de transcripción y concluye que la actitud del perjudicado refleja que era conocedor del mismo.

11. Mediante escrito notificado al reclamante el día 25 de octubre de 2011, se le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

12. Con fecha 24 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita la remisión del expediente administrativo para su envío al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo, constando la misma con fecha 2 de diciembre de 2011.

13. Tras solicitud efectuada por el interesado, el Servicio instructor le remite una copia del expediente y le concede un nuevo trámite de audiencia para presentar alegaciones.

14. El día 4 de enero de 2012, el perjudicado presenta un escrito de alegaciones en el que reitera las manifestaciones contenidas en su reclamación inicial y modifica el importe de la indemnización solicitada, elevándola a 180.000 €, a lo que añade 1.600 € mensuales de "pensión vitalicia".

15. Mediante escrito de 9 de enero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

16. Con fecha 10 de enero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, reiterando el contenido el informe técnico de evaluación.

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de febrero de 2012, registrado de entrada el día 20 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 Sanidad, 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.

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”. A estos efectos, y dado que el solicitante alega la existencia de dos tipos de daños, correspondientes a dos procesos asistenciales diferenciados, ha de distinguirse entre ambos. Así, en lo relativo a la primera de las imputaciones -daños psíquicos ocasionados por el erróneo diagnóstico de VIH-, los mismos derivarían, según refiere el propio reclamante y consta documentalmente, de un informe emitido en el mes de febrero del año 2002. Tal y como resaltan los informes aportados por la Administración, y no niega el reclamante en las alegaciones presentadas durante el trámite de audiencia, en la consulta que tiene lugar en el mes de febrero de 2010, con carácter previo a la intervención de hernia epigástrica, se consigna con base en la información por él proporcionada que padece “infección por VHC (...), biopsiada en 2002 (...). Desconoce infección por otros virus (...). VIH (-) en 2002, desconoce controles posteriores”. Igualmente, en la hoja de observaciones de enfermería consta que al ingreso el reclamante manifiesta padecer “VHC + y parece ser VIH + hace años negativizado”. Por tanto, con independencia de que de estos datos pueda desprenderse que el paciente sabía que en el año 2002 no era portador del virus, de las dudas que, por otros motivos, ofrece su relato y al margen de las consideraciones que expondremos en la consideración sexta, ha de considerarse que, al menos en ese momento (mes de febrero de 2010), conocía que no sufría la patología. En consecuencia, presentada la reclamación con fecha 12 de abril de 2011, resulta que en lo referente a este daño había prescrito, al haber transcurrido el plazo de un año legalmente establecido.

En cuanto a la intervención quirúrgica llevada a cabo en el mes de febrero de 2010, consta en el expediente que en el mes de diciembre de ese año acude a consulta de Cirugía General por “abultamiento doloroso (...) a nivel epigástrico”, por lo que es derivado para revisión. Teniendo en cuenta la fecha de presentación de la reclamación, es claro que por este motivo ha sido presentada dentro de plazo 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.

Ahora bien, 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.

Sin embargo, dado que el procedimiento se encuentra sub iudice, sin que conste formalmente en el expediente que dicho procedimiento judicial esté aún pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- El interesado plantea una reclamación por dos clases de perjuicios que, como hemos expuesto en la consideración tercera, se habrían producido en dos momentos distintos.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta acreditado que, con posterioridad a la operación de hernia epigástrica llevada a cabo en el mes de febrero de 2010, el paciente requirió asistencia por presentar “bultos” y dolores en la zona intervenida, detectándose a la exploración posible reacción a un cuerpo extraño. Aunque ha abandonado la lista de espera quirúrgica para revisión de la hernia en la que fue incluido, lo que dificulta la precisión del daño que, a su juicio, se le ha causado (más allá de la existencia de los citados bultos y de dolor), hemos de presumir que son estas unas consecuencias físicas de la intervención que han de reputarse dañosas.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el 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.

También hemos indicado 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.

Sentadas estas premisas, ha de advertirse que el interesado no explicita el nexo causal existente, a su juicio, entre la intervención y el daño que alega. Únicamente se limita a manifestar su desconfianza hacia el centro hospitalario (reclama ser tratado en uno privado, en el que "sean imparciales"), invocando la genérica existencia de una negligencia y afirmando, sin más, que "algo han hecho mal". A su vez, los informes incorporados al expediente por la Administración, y que no son rebatidos por el reclamante -salvo para calificarlos

de carentes de "objetividad -, impiden apreciar la existencia de vulneración de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada.

Así, en el dictamen pericial elaborado por varios especialistas se señala, en primer lugar, que tanto la indicación de la cirugía como la práctica de la misma fueron correctas, constando, por otra parte, el oportuno consentimiento informado firmado por el perjudicado. Precisan que se siguió la "técnica habitual en la reparación de este tipo de defectos", consistente en "la disección del saco hernario, cierre del defecto de forma primaria con Prolene y colocación de una malla supraponeurótica". La exploración realizada una vez surgidas las molestias descarta la recidiva y sugiere, en cambio, que puede tratarse de una reacción a cuerpo extraño. Según el informe, "posiblemente relacionada con los 4 puntos de Prolene que se dieron para sujetar la malla", pues estas "suturas de polipropileno" presentan "el inconveniente de que no se reabsorben", pudiendo dar lugar a "pequeños bultos duros" extirpables mediante anestesia local. No obstante, tal extremo no ha podido verificarse al haber abandonado el paciente la lista de espera quirúrgica en la que había sido incluido. Lo expuesto conduce, además de a reiterar la ya apuntada indefinición del daño causado, a concluir que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y la pretendida lesión.

Finalmente, y sin perjuicio de que, como ya hemos señalado en la consideración tercera, la acción para reclamar el daño derivado de un posible error de diagnóstico habría prescrito, no podemos dejar de observar que, aun admitiendo que se hubiera presentado en plazo, el resultado habría de ser igualmente desestimatorio.

En primer lugar, ofrece dudas que el daño moral descrito pueda considerarse acreditado, pues existe constancia de la posible relación entre los trastornos psiquiátricos que el paciente padece y la politoxicomanía que presenta. Pero, especialmente, los elementos de juicio disponibles no permiten alcanzar la convicción de que el error alegado generara en el afectado siquiera la creencia de que efectivamente sufría la enfermedad.

Ciertamente, en la documentación que integra la historia clínica se encuentra un "informe de alta" del Servicio de Aparato Digestivo, de fecha 25 de febrero de 2002, en el que figura "paciente con alteración PFH, ex-advp, infección por el VIH pendiente de tratamiento. Coagulación normal. Interesa biopsia hepática". Según precisa dicho Servicio, no se trataba de un informe de alta hospitalaria, puesto que el paciente no había estado ingresado, sino que fue emitido "desde el Hospital de Día donde estuvo solo unas horas (en) observación". El error de transcripción es admitido por el Servicio de Digestivo, que indica que "en lugar de poner VCH (virus C) pusieron VIH (virus de la inmunodeficiencia humana)", y, como señala el informe emitido por los especialistas, parece haber sido causado al reproducir el contenido del informe de la ecografía digestiva de fecha 25 de febrero de 2002, que deriva de la petición manuscrita de la biopsia hepática, donde aparece por primera vez la confusión, enmendada, entre las siglas. No obstante, tal y como indica el referido Servicio, el único diagnóstico proporcionado fue el de "hepatitis crónica por virus C", en correspondencia con los marcadores serológicos y pruebas realizadas. Por tanto, coincidimos con los informes obrantes en el expediente en que resulta inverosímil que un paciente que creyera estar diagnosticado de tan grave enfermedad no recibiera ni solicitara consulta o tratamiento en relación a la misma -que sí recibía para la hepatitis- durante años, máxime cuando esa convicción le ocasionaba una angustia y zozobra de la entidad por él mismo expresada, -"un cuadro paranoico, un vacío aterrador y una fobia existencial", trufado de "sentimientos escatológicos y pensamientos nihilistas" que le "asaltan con frecuencia" hasta el punto de hacer que "tema por" su "vida"-.

En definitiva, las imputaciones del reclamante carecen manifiestamente de fundamento, sin que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad alguna de la Administración sanitaria.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.