

Expediente Núm. 49/2012
Dictamen Núm. 151/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 24 de mayo 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 marzo de 2012, 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 C.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de junio de 2011, el interesado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación por negligencias médicas. Señala que “en el año 89 pasó una hepatitis no A no B (...). En el mismo año tengo un accidente de tráfico en el que preciso transfusión de sangre, y no se me hace ninguna prueba hepática, tanto a mi persona ni de la sangre que me reponen (...); al día de hoy por malestar y síntomas mi médica de cabecera me manda al especialista y me detecta una cirrosis hepática

genotipo 1 virus VH-C". Tras relatar una serie de episodios posteriores en los que nunca se le hizo prueba hepática, finaliza rogando que "estudien mi historia médica y entiendan que ingresé por Urgencias por un accidente de tráfico con lesión de tibia y peroné en la que al día de hoy necesito según informes una intervención, y además salgo de la intervención con una enfermedad (de) por vida".

El escrito aparece acompañado de diversos documentos relativos a diferentes asistencias prestadas al interesado por parte de centros sanitarios, tanto públicos como privados, desde al menos el año 1989 hasta la fecha de presentación de la reclamación.

2. Mediante escrito de 27 de junio de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación, 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 subsane los defectos observados en la reclamación formulada, toda vez que en la misma "no se especifica la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial".

En atención a este requerimiento, el interesado presenta, el día 7 de julio de 2011, un escrito en el que expone que su situación de incapacidad por accidente no laboral no tuvo en cuenta, en su día, la enfermedad actual y en la que se fundamenta la reclamación, por lo que "la evaluación económica que reclamo es la parte que no se me abonó según el grado de invalidez que ustedes me tengan que valorar desde el día que se concede la invalidez hasta el día de hoy".

Con posterioridad, el día 25 de agosto de 2011 tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un nuevo escrito del perjudicado en el que cuantifica la indemnización que solicita en ciento treinta mil euros (130.000 €).

3. En el expediente remitido obra incorporada la historia clínica del perjudicado relativa a la reclamación planteada, así como los informes emitidos por los servicios afectados, el de Digestivo y el Banco de Sangre.

El informe del Jefe de Sección del Servicio de Transfusiones del Banco de Sangre, de fecha 5 de julio de 2011, señala que “en los registros del Servicio de Transfusiones del (Hospital) no consta ninguna transfusión” a nombre del reclamante.

Por su parte, el Jefe del Servicio de Digestivo indica, el día 27 de junio de 2011, que “este paciente nunca estuvo ingresado en Digestivo, pero acudió a varias ctas. externas. La primera fue el 9-6-2010, de la que adjuntamos informe clínico. Todas las visitas fueron motivadas para tratamiento de una hepatitis crónica para virus C, genotipo 1^a. Está recibiendo tratamiento (...) desde 17-3-11 hasta la actualidad (...). Nunca había recibido tratamiento antiviral hasta ahora (...). No presentaba coinfección por otros virus. Presenta marcadores de infección pasada por el virus de la hepatitis B. (...). La fuente de adquisición de la hepatitis C es difícil o imposible de precisar (...). En la gastroscopia realizada en el 2010 tiene varices esofágicas incipientes. Existe un diagnóstico de sospecha de cirrosis hepática no confirmada mediante biopsia (...). Nuestro único diagnóstico en la actualidad es hepatitis crónica por virus C”.

4. Con fecha 10 de octubre de 2011, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que “el nexo causal alegado por el reclamante queda circunscrito al aporte sanguíneo que recibió cuando estaba ingresado en el Hospital en el año 1989”. Tras un detallado estudio de las diferentes vías de contagio de la hepatitis C, indica que, “según el estado de la ciencia en el año 1989, se desconocía la existencia de este germen productor, por tanto, aun en el caso de aceptar que el contagio tuviese un origen transfusional no habría manera de detectarlo. Se comercializaron los test para la detección del virus en octubre del año 1989 (y) su uso se extendió a partir del año 1990; por tanto, el saber

humano ignoraba antes de esta fecha la existencia de este virus, deduciendo de ello que, aunque el contagio transfusional hubiese existido, sería un caso que, hemos de denominar como 'imprevisible e inevitable, y por tanto cabría etiquetarlo como caso de 'fuerza mayor' y no caso que fuera previsible o evitable. Según el estado de la ciencia no se podía preveer o evitar el contagio por VHC en mayo de 1989 (fecha de la transfusión sanguínea objeto de litigio), y, aunque se conociese la existencia de este germen, se desconocía la forma de identificarlo y de protegerse de sus efectos, no pudiendo exigirse a la Administración sanitaria que suspendiese las transfusiones sanguíneas que se practicaban en aquel momento en el territorio español (...). A partir de 1991 se señaló la obligatoriedad de practicar determinaciones anti-VHC a donantes, medida igualmente cumplida en el ámbito de la sanidad pública". Concluye que "la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la *lex artis*, no pudiendo responsabilizarse al sistema sanitario público de este 'presunto' contagio alegado por el reclamante".

5. Mediante escritos de 18 de octubre 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.

6. Con fecha 7 de diciembre de 2011, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito colegiadamente por cinco especialistas en Medicina Interna. En él se concluye que "el paciente estaba diagnosticado de hepatitis no A no B seis meses antes de ingresar en el Hospital con politraumatismo en 1989 (...). Hasta el año siguiente (principios de los 90) no se desarrolló el método para determinar anticuerpos frente al virus de la hepatitis C. Al determinar estos anticuerpos en enfermos con hepatitis no A no B se comprobó que casi todos tenían hepatitis por virus C,

que antes no podía haber sido diagnosticada (...). Por tanto, cuando el paciente ingresó por politraumatismo ya hacía más de seis meses que tenía la hepatitis por el virus C y (...) no pudo contagiarse en ese ingreso (...). No existe evidencia de que el paciente fuese transfundido durante el ingreso en el Hospital en 1989, como se indica en la reclamación (...). Creemos que la actuación médica con este paciente ha sido correcta y acorde a la *lex artis ad hoc*".

7. Mediante escrito de 12 de enero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 19 de enero de 2012, el perjudicado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias un escrito en el que se reitera en todo lo alegado con anterioridad, a la vez que hace "constar que tenemos solicitado informe pericial para justificar que no fue una negligencia, sino que fueron varias". Asimismo, señala que "no aporta de momento informe pericial porque se estaba esperando a que si no recibíamos contestación de la Consejería de Sanidad (...) iríamos a reclamar judicialmente".

Ante estas alegaciones, el día 1 de febrero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios le hace un nuevo requerimiento al objeto de que aporte al expediente el informe pericial al que hace referencia. En contestación al mismo, el interesado presenta el día 13 de febrero de 2012 un nuevo escrito en el que señala que "se me nombró abogado para presentar la demanda ante el juzgado que corresponda y por mediación del abogado se presentará informe donde se evaluarán dichas negligencias".

8. Con fecha 22 de febrero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de marzo de 2012, registrado de entrada el día 16 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". En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 10 de junio de 2011, y, si bien los hechos de los que trae causa se remontan al año 1989, en el expediente remitido consta acreditado que el perjudicado está recibiendo desde el día 17 de marzo de 2011 tratamiento frente a una "hepatitis crónica por virus C" cuya impresión diagnóstica se data el 22 de junio de 2010, pasando a calificarse el 25 de junio de 2010 como "hepatitis crónica por el virus de la hepatitis C, con datos de posible cirrosis", y a confirmarse como "hepatitis crónica por el virus de la hepatitis C, con datos de cirrosis e hipertensión portal", el 22 de septiembre de 2010, por lo que es claro que, con independencia del carácter permanente o continuado del daño alegado, la reclamación fue planteada 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 43.3, 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.- El asunto que se somete a dictamen se refiere a la reclamación de daños y perjuicios formulada por el interesado como consecuencia del contagio de la hepatitis C que padece, enfermedad que atribuye a una transfusión que, según manifiesta, le fue realizada en un centro sanitario público en el mes de agosto de 1989 en el que ingresó como consecuencia de un accidente de tráfico.

Lo actuado en el procedimiento permite entender acreditada la realidad del daño consistente en ser portador el reclamante del virus de la hepatitis C y de los efectos patológicos aparentemente ligados a dicha infección, como es la de padecer hepatitis crónica por virus C, actualmente en tratamiento. Dicho daño es susceptible de evaluación económica, lo que haremos en el supuesto de que se estimara que concurre la responsabilidad de la Administración en su producción.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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.

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.

Aunque no existan dudas acerca de la realidad de la enfermedad, lo cierto es que en el procedimiento tramitado no ha quedado acreditado un nexo causal entre la misma y la actuación de los servicios públicos asistenciales. Esto es así porque en el expediente no consta probado tan siquiera que el reclamante -que, recordemos, atribuye el contagio a una transfusión sanguínea que, según manifiesta, se le realizó en el entonces denominado Hospital en el año 1989- haya sido sometido a transfusión alguna ni en aquella fecha ni en ninguna otra posterior, lo que constituye razón suficiente para concluir que procede la desestimación de la reclamación formulada. A este respecto, hemos de subrayar que no solamente no existe rastro documental de esa supuesta transfusión, sino que, tal y como se señala en el informe elaborado por la aseguradora de la Administración a la vista de la historia clínica del interesado correspondiente a este episodio del accidente sufrido en agosto de 1989, "cuando ingresó el enfermo no tenía anemia, y, por tanto, no parece razonable que se (le) administrase una transfusión", por lo que "debemos creer que el paciente no fue transfundido". A mayores, y frente al pretendido argumento de que el contagio pudiera deberse a una transfusión en este ingreso de agosto del año 1989, en el informe de alta correspondiente al mismo puede leerse "hepatitis no A no B diagnosticada hace 6 meses", o, lo que es lo mismo, que ya seis meses antes de que, según el perjudicado, le fuera realizada esa supuesta transfusión ya se le había diagnosticado en forma de hepatitis no A no B lo que entonces no se definía todavía como virus de la hepatitis C, pero que, a la postre y en la mayoría de los casos, acabaría recibiendo tal diagnóstico una vez identificado el VHC.

Pero es más, incluso en la hipótesis, en absoluto probada, de que el contagio alegado hubiera podido tener origen en una transfusión sanguínea practicada en agosto del año 1989, la conclusión en orden a la desestimación de la reclamación presentada no variaría. Así, y en relación con las posibilidades

de prevención del contagio con ocasión de transfusiones sanguíneas, todos los informes incorporados al expediente (y que el interesado no contradice) resultan coincidentes al afirmar que el virus responsable de la enfermedad no podía haber sido localizado en la fecha de la posible transfusión, y en tal sentido resulta oportuno señalar que el Tribunal Supremo ha declarado, al enfrentarse a supuestos como el que analizamos, que “hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus” -Sentencia de 25 de octubre de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª)-. Antes hemos señalado que el canon para valorar la corrección del acto médico -la *lex artis ad hoc*- ha de tener en cuenta el estado de los conocimientos médicos y de las técnicas disponibles en el momento en que se dispensa la atención sanitaria, y en este caso resulta acreditado que el conocimiento científico no permitía, en agosto de 1989, localizar y aislar el virus de la hepatitis C, por lo que ninguna actividad preventiva cabría exigir al servicio público sanitario.

En definitiva, tal y como dispone el artículo 141.1 de la LRJPAC, “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 aquellos”, y por ello, abstracción hecha de las dificultades de prueba sobre el concreto mecanismo del contagio, la consideración anterior nos lleva a concluir que, en el hipotético, pero en absoluto probado, supuesto de que el contagio se hubiera producido vía transfusión sanguínea en agosto de 1989, el daño alegado constituía un riesgo que todo paciente debía soportar, dado que se desconocía por la ciencia médica la forma de prevenirlo. No estaríamos, por tanto, ante un daño antijurídico y, por ende, la Administración no vendría obligada a repararlo.

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.