

Expediente Núm. 299/2017
Dictamen Núm. 306/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 2 de noviembre de 2017 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del desarrollo de cirrosis hepática en la última de las citadas, que imputan a la falta de seguimiento y tratamiento por parte del servicio público sanitario de la hepatitis B crónica que padecía.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 5 de abril de 2016, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños padecidos tanto por su hermana como por ella misma

a causa de la ausencia de seguimiento y tratamiento de la hepatopatía que sufría la primera de ellas.

Refiere que la enferma “es una mujer de 40 años de edad (...) portadora del virus de la hepatitis B desde hace 24 años que en julio de 2015 fue diagnosticada por cirrosis hepática sin que conste seguimiento, controles o tratamiento” de su “hepatopatía crónica”.

Entiende que la “pasividad de la Administración sanitaria” resulta “reprobable al no poner los medios necesarios al servicio de la paciente”, lo que considera “especialmente perjudicial” en el caso de la afectada, “al tratarse de una persona con síndrome de Down”.

Señala que “la cuestión a dilucidar es si era inevitable el desarrollo de esta cirrosis o si, por el contrario, la aparición de esta enfermedad era previsible y deberían haberse puesto los medios necesarios para prevenirla y en lo posible evitarla”.

Manifiesta que “deberían haberse considerado las características propias de una persona con síndrome de Down (...). Conocida desde hace más de 24 años su problemática de base, esta paciente debería haber sido objeto de un seguimiento periódico, con tratamientos específicos, debido a ser un grupo de riesgo más susceptible para desarrollar la enfermedad, con tendencia además a que la misma se complique o presente con mayor virulencia en comparación con otros individuos sin este síndrome./ Precisamente todo lo contrario a lo que se hizo, esto es, la pasividad total, sin que conste ninguna actuación en relación a esta hepatitis B en su historia médica ambulatoria hasta desembocar en la cirrosis hepática”.

A propósito de lo que “debería haberse hecho”, explica que, según “un artículo de la Revista Española de Enfermedades Digestivas sobre el seguimiento debido (...) disponible en Internet a la voz de ‘Portador inactivo del virus de la hepatitis B’ (...), se recomienda determinar cada cierto tiempo HBsAg y transaminasas”, y respecto de “una serie de colectivos con mayor

riesgo, entre los que deberíamos incluir a las personas con síndrome de Down, (...) se recomienda:/ `Realizar cada 6 meses una determinación en sangre de alfafetoproteína (marcador tumoral) y una ecografía del abdomen para detectar el posible tumor en fase precoz´´.

En cuanto a los "tratamientos", cita "un artículo médico, con fecha de publicación en agosto de 2008, disponible en Internet a la voz de `Guía para comprender la hepatitis B´, que "hace referencia a las distintas pruebas que se utilizan para diagnosticar la hepatitis B y evaluar la etapa de la enfermedad y el grado del daño hepático (...). El apartado 9 está dedicado al tratamiento de la hepatitis B, recogiendo cómo en la actualidad existen dos tipos de tratamientos contra la hepatitis B: el interferón y los antivirales (...). También se recogen otras terapias alternativas".

Cita seguidamente la Sentencia de 23 de abril de 1996 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, que -según señala- "resuelve un supuesto de fallecimiento por contagio, también de hepatitis B, a resultas de una operación quirúrgica", y que considera "de interés al caso".

Por los daños sufridos reclama una indemnización que calcula siguiendo el "antiguo baremo de tráfico, por ser en julio de 2015 cuando se diagnostica la cirrosis", en doscientos sesenta y nueve mil siete euros (269.007 €) para la enferma y de ciento veinte mil euros (120.000 €) para ella misma.

La indemnización que solicita para su hermana comprende 60 puntos de secuelas, "incapacidad permanente absoluta como factor de corrección" y "pérdida de expectativa de vida", precisando respecto de este último concepto que, "aunque no se trate de un factor específicamente recogido en el baremo de referencia, sí entendemos que debe aplicarse (...), pues (...) las personas con síndrome de Down, dada su problemática genética, ya tienen una esperanza de vida muy por debajo del resto de la población (...) y se estima según diversas publicaciones en torno a los 60 años. A ello ha de sumarse

ahora (...) el padecimiento de una cirrosis hepática”, uno de cuyos “efectos precisamente más conocidos es el acortamiento de la esperanza de vida”.

En cuanto a la cuantía que reclama para ella misma, explica que tiene su razón de ser en el hecho de ser el “único familiar conviviente y tutora de (la enferma)”, a cuya discapacidad previa “han de sumársele ahora los problemas propios de esta enfermedad que le exigen una dedicación absoluta (...). Así, por esta enfermedad hepática (...) debe controlar sus hipoglucemias, al tener unos niveles muy bajos de glucosa, lo cual la altera y desorienta, complicando mirarle los niveles, como hacerle tomar glucosa, debiendo en algunos casos inyectársela con intervención para ello de al menos dos personas”. Afirma que la cirrosis de su hermana le genera “un estado de mayor angustia, ansiedad y depresión que ya viene sufriendo desde hace años”, y precisa finalmente que la cantidad que reclama corresponde a los conceptos de “daño moral” y “por las nuevas obligaciones que se le presentan”.

Como prueba, solicita que se incorpore al expediente una copia de la historia clínica de la paciente obrante en la Fundación Hospital “X” desde el año 2004 hasta la actualidad.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Certificado de empadronamiento. b) Auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 4 de Gijón de 19 de julio de 2007, por el que se nombra a la reclamante tutora de su hermana, y diligencia judicial de aceptación y juramento del cargo de fecha 5 de septiembre de 2007. c) Informe médico librado por un especialista en Valoración y Baremación del Daño Corporal el día 8 de enero de 2016 en el que se afirma que no consta “en el historial de Atención Primaria, ni en el del Hospital ‘X’, referencia a su patología hepática”, y concluye que “el estudio precoz de la portadora del virus de la hepatitis B y su tratamiento (...) hubiese permitido que el proceso no evolucionase hacia una cirrosis hepática o lo hiciese de modo más lento”. d) Informe del Servicio de Salud Mental, de 10 de junio de 2016, en el que se relata el curso clínico de quien suscribe la

reclamación, a tratamiento por depresión entre 1994 y 2002 y desde 2013 a la actualidad, precisándose que “en la última revisión con fecha 1 de julio de 2015 había empeorado”. e) Hojas de notas de progreso del Servicio de Digestivo de la Fundación Hospital “X” en las que constan “serologías + VHB desde 1998 (HBsAg +, anti HBsAc -, anti HBc IgM +, anti HBc totales +, HBeAg +, anti HBeAg -, anti VHD, anti VHC, VIH -), en varias determinaciones posteriores (2001, 2004, 2014) mismo patrón serológico, nunca solicitada carga viral, ni remiten a la paciente a consultas de Digestivo -estudios solicitados por (médico de Atención Primaria) y por Hematología “Y”- con desarrollo de plaquetopenia vista por Hematología, no informan de dx de hepatopatía a la paciente ni le dan revisión con Digestivo./ Debuta a raíz de ingreso junio 2015 con cirrosis hepática VHB activa, con ascitis y edemas, con buena respuesta a diuréticos. Iniciado (tratamiento) con Viread en ingreso en junio 2015”. f) Publicaciones que se citan en la reclamación. h) Dictamen técnico facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Gijón, de 8 de junio de 2011, en el que se reconoce a la enferma un “grado total de minusvalía de 80 %”.

2. Mediante oficio de 12 de abril 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica a la interesada 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. El día 14 de abril de 2016, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V un “informe del servicio interviniente (facultativo/a de Atención Primaria)” en relación con el proceso de referencia y una copia de la historia clínica de la paciente.

Con la misma fecha, requiere a la Gerencia de la Fundación Hospital “X” una copia de la historia clínica, un informe del Servicio de Digestivo y una

“certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Servicio de Salud del Principado de Asturias”.

4. Mediante oficio de 4 de mayo de 2016, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Inspector de Prestaciones Sanitarias una copia de la historia clínica de la paciente en Atención Primaria y el informe librado por la doctora responsable el día 26 de abril de 2016. En este último se indica que, “según consta en su H.^a clínica (en la informatizada y en la escrita previa al programa informático), la paciente fue derivada al Servicio de Digestivo en 1990, donde dada su patología de base se recomendó control periódico de pruebas de función hepática y proteinograma, aconsejando derivar de nuevo en caso de presentar alteraciones./ Se derivó de nuevo en 1991. Recomendaron seguir controlando cada 6 meses-1 año./ En 1995 se derivó a Endocrinología por su obesidad./ Derivada de nuevo a Digestivo en 1998./ Constan controles periódicos analíticos hasta 2001 (en H.^a escrita)./ En 2004 fue intervenida (bypass gástrico) por su obesidad mórbida./ En octubre 2013 se derivó a Hematología por alteraciones en serie roja y plaquetas./ En febrero 2015 se remitió a Endocrinología por episodios de hipoglucemias, en algún caso severas./ En marzo de 2015 se remitió a Ginecología (...). En julio 2015, remitida por disfonía, al Servicio de ORL y a Medicina Interna./ Las analíticas eran relativamente normales hasta que empezó con alteraciones en el hemograma, por lo que se derivó para estudio./ Es posible, en el caso de esta paciente, que al ser vista en distintos Servicios por patologías relacionadas se llegase a considerar que el tema hepático estaba bajo control del Servicio correspondiente. En mi caso, quizá se obvió el tema al considerar más urgentes de solucionar el problema hematológico y endocrino”.

5. Con fecha 4 de mayo de 2016, la Gerente de la Fundación Hospital “Z” remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la paciente, el

certificado de vinculación del personal facultativo interviniente y el informe elaborado por el Servicio de Digestivo con fecha 22 de abril de 2016. En él se refieren "serologías + VHB desde 1998 (HBsAg +, anti HBsAc -, anti HBc IgM +, anti HBc totales +, HBeAg +, anti HBeAg -, anti VHD -, anti VHC -, VIH -), en varias determinaciones posteriores (2001, 2004, 2014) mismo patrón serológico -estudios solicitados por (médico de Atención Primaria) y por Hematología de 'Y')- (...). Vista en Hematología en 2014, remitida por el (médico de Atención Primaria) a dicho Servicio por plaquetopenia, dada de alta en septiembre de ese año con diagnóstico de leve disminución de antitrombina y proteína C secundarios a hepatopatía (en el informe constan cambios secundarios a VHC ¿?, y ya en eco abdominal en 2014 solicitada por dicho Servicio constan datos sugestivos de hepatopatía crónica. Cirrosis no descompensada./ Finalmente diagnosticada de cirrosis hepática por hepatitis crónica VHB HBeAg -, con CV alta, en julio de 2015, a raíz de primer episodio de ascitis y edemas en piernas, por lo que acudió a Urgencias, siendo ingresada posteriormente a cargo del Servicio de Digestivo 'Y', completándose estudio con eco y presentando buena evolución con tratamiento diurético, iniciándose ya en mismo ingreso tratamiento con Viread (tenofovir) con buena respuesta. Se continúa evolución ambulatoria y se completan estudios con gastroscopia (...). Última revisión en la consulta, febrero 2016, estable, eco con mínima ascitis, gastroscopia sin VE y pendiente de control de DNA y serología VHB".

6. El día 14 de agosto de 2016, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe cuatro especialistas en Medicina Interna. En él refieren que "la enferma fue diagnosticada en 1990 de hepatitis crónica por virus B". Explican que "el virus de la hepatitis B es un hepadnavirus formado por DNA en una nucleocápsula rodeada por una cubierta. En la nucleocápsula están el antígeno core (HBcAg) el antígeno e (HBeAg) y en la cubierta está el antígeno de superficie (HBsAg) (...). Entre cuatro y seis semanas después del contagio

puede aparecer la hepatitis aguda que cura en más del 95 % de los adultos inmunocompetentes. El 1-5 % restante puede cronificarse y esta hepatitis crónica puede ser hepatitis crónica persistente (leve) o hepatitis crónica activa que, a su vez, puede ser moderada o grave o evolucionar a cirrosis hepática. La tendencia a la cronicidad es mayor cuanto menor sea la edad del enfermo contagiado (...). La supervivencia a los cinco años es 97 %, 86 % y 55 % en cada una de estas formas (hepatitis crónica persistente, hepatitis crónica activa y hepatitis crónica activa con cirrosis posnecrótica)./ A los 15 años la supervivencia es 77 %, 66 % y 40 respectivamente. Entre un 15 % y un 39 % de los enfermos desarrollan un carcinoma hepatocelular al cabo de muchos años. El diagnóstico de hepatitis B se hace por el estudio serológico. La biopsia hepática es a veces necesaria para aclarar el tipo de lesión hepática que el virus está produciendo (...). A grandes rasgos, la positividad de HBsAg indica infección por el virus, la positividad de HBcAg orienta a cronicidad y la positividad de HBeAg indica alta contagiosidad (...). Aunque en alguna parte de la historia clínica (...) se recoge que era portadora de virus B, esto no es correcto, ya que la enferma tenía un antígeno de superficie positivo y, aunque estaba asintomática, no era portadora asintomática, sino que tenía una hepatitis crónica desde el primer momento en que se hicieron determinaciones analíticas, ya que además de HBsAg también tenía positivo HBeAg, lo cual es incompatible con portador asintomático. Esta positividad se mantuvo hasta 2015, en que apareció descompensación ascítica de una cirrosis hepática y el HBeAg se negativizó, lo cual no es sorprendente porque puede ocurrir hasta en un 10 % de los enfermos cada año. Esta negativización es importante porque modifica los criterios de tratamiento”.

Señalan que “el tratamiento de la hepatitis B no es curativo. Ha evolucionado notablemente en los últimos 10 años y actualmente tiene como objetivos evitar o retrasar la progresión de la hepatitis crónica, la aparición de cirrosis hepática y de insuficiencia hepática y la aparición de carcinoma

hepatocelular. Para ello se intenta mantener los niveles de virus en el nivel más bajo posible. El tratamiento no debe administrarse sistemáticamente a todo enfermo con hepatitis B crónica, ya que en muchas ocasiones la hepatitis no progresa y el tratamiento tiene riesgos. Las recomendaciones actuales son diferentes según el enfermo tenga HBeAg positivo o negativo. En enfermos con hepatitis crónica HBeAg positivo debe administrarse tratamiento si las transaminasas (GPT) son más de dos veces el valor normal (más 80 UI) o si el DNA del VHB es más de dos veces por encima de 10.000 UI. Si el enfermo tiene cirrosis compensada se trata si las transaminasas son superiores a lo normal (más de 40 UI) o DNA de VHB mayor de 1.000 UI. Si hay descompensación de la cirrosis se trata siempre. En caso de hepatitis crónica HBeAg negativo la tendencia es a tratar con menos datos de afectación hepática, y por ello se recomienda tratar aunque las transaminasas no sean superiores a 80. Si hay cirrosis las recomendaciones son las mismas que con HBeAg positivo (...). Esta enferma no presentó indicación de tratamiento en los 23 años siguientes al diagnóstico de hepatitis crónica B, ya que las transaminasas nunca fueron el doble de lo normal y el HBeAg era positivo. En 2013 apareció ligera pancitopenia que se puede atribuir a hiperesplenismo por hepatopatía crónica y se confirmó en la ecografía de enero de 2014. No obstante, en ese momento no existía diagnóstico cierto de cirrosis hepática y hubiese sido necesario hacer una biopsia hepática para confirmarlo y repetir el estudio serológico y cuantificación de carga viral. Cuando fue diagnosticada de cirrosis hepática y tratada con tenofovir la indicación era clara por la cirrosis descompensada. La elevada carga viral que presentaba en ese momento posiblemente no existía un año antes porque la situación serológica de la enferma era diferente, con un HBeAg negativo y un anti HBc IgM positivo, junto con un aumento de transaminasas, lo que sugiere una reinfección por el VHB que hizo aumentar la carga viral”.

Afirman que la enferma “tenía una cirrosis hepática probablemente secundaria a hepatitis crónica por virus B (...). Decimos que probablemente sea una cirrosis poshepatitis B crónica porque la serología orienta en esta dirección, pero no se puede olvidar que (...) tiene una intervención de bypass gástrico que ocasionalmente se ha relacionado con la aparición de hepatopatía crónica y a veces puede agravar una hepatopatía previa”.

Significan que “en la reclamación se indica que hasta que en 2015 la enferma fue diagnosticada de cirrosis hepática no se hizo seguimiento, control o tratamiento de su hepatopatía crónica. No creemos que esto se ajuste a la realidad evidenciada en la documentación aportada por las siguientes razones (...): En cuanto al seguimiento y control (...), este se hizo de acuerdo a las recomendaciones que existían en 1990, mediante la realización de análisis bioquímicos y serológicos de control cada seis o doce meses (de acuerdo con el especialista de consulta externa de Digestivo donde fue evaluada de nuevo en 1991 y 1998) hasta 2001, (sin) que existiesen apenas alteraciones en las transaminasas y con la serología de VHB sin modificación. Entre 2001 y 2004 no existe analítica ni documentación por razones desconocidas, pero interpretamos que debió trasladarse a otro centro. En 2004 hay dos revisiones analíticas y otras en 2005, 2006, 2011, 2013 sin alteraciones significativas hasta que en julio de 2013 presenta ligera pancitopenia y una GPT de 83. Por tanto, los controles bioquímicos y serológicos se realizaron correctamente hasta 2001, sin que en ningún momento se detectase alteración que justificase un tratamiento de la hepatitis B crónica HBeAg positivo. A partir de 2002 ya existía posibilidad de hacer determinación de DNA de VHB para cuantificar la carga viral, y debió hacerse en al menos una ocasión, pero probablemente la derivación de la atención hacia la obesidad mórbida de la paciente hizo que se dejase de lado el seguimiento completo de la hepatitis crónica. Independientemente de si era conveniente realizar esa determinación o no, lo que sí podemos decir es que es muy dudoso que el haber realizado una cuantificación de carga viral hubiese

modificado la forma de actuación, ya que cuando se hizo la cuantificación en 2015 la situación serológica de la enferma era diferente con un HBeAg negativo y un anti HBc IgM positivo, junto con un aumento de transaminasas, lo que sugiere una reinfección por el VHB que hizo aumentar la carga viral (...). A la paciente se le realizó una ecografía hepática en 2004 que fue normal y otra en enero de 2014 que mostró algunos signos de hepatopatía crónica. La ecografía se recomienda ahora hacerla anual o bianualmente, sobre todo para descartar la aparición de carcinoma hepatocelular. Sirve también para detectar la aparición de signos de hepatopatía crónica, pero, en ausencia de otra indicación de tratamiento, hubiese sido necesario hacer biopsia hepática (para) poder asegurar que tenía cirrosis. Por ello, aunque la ecografía hepática se ha hecho con menos frecuencia que la deseable, también se puede decir que el retraso en su realización no ha dado lugar a perjuicio para la paciente, ya que en ese tiempo no ha desarrollado un hepatocarcinoma cuya detección precoz es la máxima utilidad de la ecografía periódica. En cuanto al tratamiento, hemos indicado anteriormente que la existencia de una hepatitis crónica por virus B no necesariamente debe tratarse (en la actualidad). Esta enferma no presentó indicación de tratamiento en el seguimiento realizado hasta 2004. Creemos que posteriormente tampoco hubo indicación hasta septiembre de 2015 por las razones indicadas (...). Aunque en ese momento hubiese existido indicación el tratamiento de elección, el interferón, no era adecuado por la situación de la enferma: poco colaboradora con obesidad mórbida (que dificulta la administración intramuscular) y reciente intervenida de bypass gástrico. Existía la posibilidad desde 2002 de tratamiento (si estuviese indicado) con lamivudina, pero este antiviral solo hay respuesta en el 30-40 % de los casos y, como hemos comentado, esta respuesta desaparece con el tiempo. Posteriormente se dispuso de adefovir que consigue una respuesta antiviral parecida, pero con riesgo renal. Cuando existió indicación de tenofovir se administró, con lo cual se consigue respuesta duradera en el 76 % de los enfermos. Por todo ello,

creemos que la enferma fue tratada en el momento correcto, pero aun suponiendo que este se hubiese retrasado desde 2004 la pérdida de oportunidad de mejoría fue inferior al 40 %, y ello sin tener en cuenta el posible efecto de la cirugía bariátrica sobre la evolución de la enfermedad hepática”.

Precisan que “los episodios de hipoglucemia que la enferma presenta no se deben al desarrollo de una cirrosis hepática”, sino que son debidos a “un síndrome *dumping* aparecido como complicación del bypass gástrico realizado para tratamiento de la obesidad mórbida que padecía./ Asimismo, se aporta informe de Salud Mental de la hermana de la paciente con diagnóstico de depresión mayor el cual no se debe a la aparición de cirrosis en su hermana, ya que padecía la depresión al menos desde 1994 y experimentó un empeoramiento en julio de 2015, dos años antes de la descompensación de la cirrosis en la hermana./ Por último se indica en la reclamación que la expectativa de vida de la paciente es de 60 años por el síndrome de Down. Si esta expectativa se reduce en un 22 % por la obesidad mórbida, la esperada en esta paciente sería 47 años, independientemente de la existencia de otras enfermedades”.

7. Se incorpora al expediente, a continuación, testimonio de las actuaciones seguidas con motivo de la interposición ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

8. Con fecha 24 de abril de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas solicita a la correduría de seguros que remita una “valoración del daño”.

Atendiendo a dicha solicitud, con fecha 18 de mayo de 2017 un facultativo de la aseguradora libra un informe en el que señala que para la cuantificación de la “pérdida de oportunidad que ha supuesto la interrupción de la continuidad asistencial en el seguimiento por parte de Digestivo de esta paciente” se van a tener en cuenta “los siguientes aspectos (...): Días: consideramos el tiempo de sanidad desde el ingreso del 15-7-2015 hasta la fecha de cex de Digestivo del 26-02-2016. De ellos serían impeditivos 120, que son los que el INSS asigna a una hepatitis crónica, y el resto no impeditivos (...). Secuelas: le asignamos 30 puntos por alteración hepática, los cuales están en el límite entre moderada y grave. La paciente está estable en la última consulta (...). Perjuicio a familiares: puesto que la paciente tiene síndrome de Down y su cuidadora y tutora principal es la hermana, asignamos un 50 % por este concepto teniendo en cuenta que la paciente está en el ecuador de su vida en el momento de los hechos. No corresponde una indemnización aparte según reclaman, pues no está contemplada en este baremo (...). Pérdida de oportunidad: según el informe pericial aportado firmado por 4 internistas, “la pérdida de oportunidad de mejoría fue inferior al 40 %, y ello sin tener en cuenta el posible efecto de la cirugía bariátrica sobre la evolución de la enfermedad hepática”. Por tanto aplicamos este %”. El total de la indemnización que se propone asciende a 51.569,48 €.

9. Mediante escrito notificado a las reclamantes el 30 de agosto de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

10. Transcurrido el plazo de audiencia sin haberse recibido alegaciones, según informa el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, con fecha 4 de octubre de 2017 el Jefe del Servicio de

Inspección de Servicios y Centros Sanitarios propone “estimar parcialmente la reclamación” y proceder a indemnizarla en la cantidad de 51.569,48 euros, al considerar que “en el presente caso no hubo un adecuado seguimiento de la paciente que impidió un tratamiento más precoz, aunque hay que tener en cuenta que hasta 2014 no existían tratamientos orales eficaces”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de noviembre de 2017, 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio

de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que “A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”.

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de los interesados registrada en la Administración del Principado de Asturias el día 5 de abril de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC están las interesadas activamente legitimadas 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 5 de abril de 2016, habiéndose manifestado el efecto lesivo en el

momento del diagnóstico de la cirrosis hepática de la paciente, lo que tiene lugar, según resulta de la historia clínica, en el mes de julio de 2015, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. 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, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del desarrollo de cirrosis en una enferma de hepatitis B crónica, que se achaca a la ausencia de seguimiento y tratamiento de la patología de base por parte del servicio público sanitario.

Resulta acreditado en el expediente que una de las perjudicadas padece cirrosis, pues así consta en la historia clínica. Por otra parte, según reconoce el perito de la compañía aseguradora en el informe librado con fecha 18 de mayo de 2017, ha de tenerse por probado que el padecimiento de esta enfermedad genera en quien suscribe la reclamación, que es hermana conviviente y cuidadora de la enferma, un perjuicio que también es susceptible de ser indemnizado.

Ahora bien, la existencia 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, pues ha de probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

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*.

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 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 un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

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.

El reproche de las reclamantes se centra en la falta de puesta a disposición de la enferma de los medios establecidos para el seguimiento y tratamiento de su dolencia hepática crónica durante 24 años. En el informe

pericial que se adjunta al escrito de reclamación se expresa que “no consta la realización de tratamientos, estudios de imagen (ecografía abdominal) ni de otro tipo con relación a ser portadora del virus de la hepatitis B hasta la ecografía de enero de 2014”, y que ni siquiera figura “en el historial de Atención Primaria, ni en el del Hospital “X”, referencia a su patología hepática”. Manifiesta quien suscribe la reclamación, basándose en las conclusiones del citado informe pericial, que un adecuado seguimiento y tratamiento de la paciente por parte del servicio público habría permitido prever y evitar “en lo posible” la evolución de la dolencia a una cirrosis hepática; sin embargo, no hay más prueba de tal aserto que la mera afirmación del perito, quien no expresa las razones de ciencia en las que se basa para alcanzarlo, y en estas circunstancias tal extremo solo podrá tenerse por probado si así resulta del resto de documentos e informes obrantes en el expediente.

Frente a lo señalado por las reclamantes, el examen de la historia clínica de la paciente muestra la presencia de múltiples referencias a la hepatitis B crónica que padecía; patología que no puede razonablemente suponerse que fuese ignorada por los familiares que la acompañaban a las consultas. Así, constan en la historia clínica de Atención Primaria (folios 37 y 39) los informes médicos emitidos “para solicitud de ayuda a domicilio” y “para solicitud de admisión en el CAMP” -por tanto, a petición de los familiares encargados de su cuidado- en los que se refleja que esta padece “hepatitis crónica B”.

También resulta del historial médico que se realizaron diversos controles a la enferma desde 1990, y que se la remitió a la consulta de Digestivo en varias ocasiones. Ahora bien, tanto la Administración reclamada como su aseguradora asumen que la asistencia prestada no se ajustó a las reglas de la *lex artis ad hoc*, pues no consta que el seguimiento de la paciente se haya realizado con la periodicidad pautada en 1990 por el especialista de Digestivo encargado del caso, que, según se expresa en el informe librado por los especialistas a instancias de la compañía aseguradora, implicaba la “realización

de análisis bioquímicos y serológicos de control cada seis o doce meses". El control de la evolución de la paciente tampoco habría sido "completo", como reconocen los mismos especialistas, pues habría requerido "determinación de DNA de VHB para cuantificar carga viral", que "debió hacerse en al menos una ocasión", y realización de ecografías "anual o bianualmente".

En cuanto a la posibilidad de tratar la dolencia, se expresa en el mismo informe que desde 2002 existía un fármaco antiviral que, aunque no curaba la enfermedad, sí permitía retrasar su progresión y, con ello, la aparición de cirrosis, insuficiencia hepática o carcinoma hepatocelular. Los especialistas aceptan como hipótesis, a la vista de los resultados de las pruebas realizadas a la paciente que obran en la historia clínica, que en el caso de que se trata el tratamiento podría haberse "retrasado desde 2004", si bien tienen en cuenta que la efectividad del mismo era limitada, pues solo el 30-40 % de los pacientes obtenían "respuesta" positiva y esta, además, desaparecía con el tiempo.

Acreditada la efectividad del daño alegado, y reconocido por la compañía aseguradora y la propia Administración que el funcionamiento del servicio público ha sido anormal en el caso examinado, también se asume que si la atención sanitaria hubiese sido correcta la evolución de la paciente quizá podría haber sido otra o, dicho en otros términos, que se perdió la oportunidad de que la enfermedad pudiera haber cursado de manera más favorable. En tales circunstancias la reclamación ha de ser estimada.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, hemos de pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

En el caso que analizamos la propuesta de resolución y la reclamación de las interesadas difieren sustancialmente en lo que al *quantum* de la indemnización se refiere. Pretenden las reclamantes que la Administración del Principado de Asturias les resarza los daños sufridos -los derivados del

desarrollo de cirrosis hepática en una de ellas- como si hubiera sido el servicio público sanitario el responsable absoluto del mismo; circunstancia que, sin embargo, no han acreditado. La Administración asume en la propuesta de resolución el dictamen estimatorio elaborado por la compañía aseguradora conforme al cual, en las circunstancias concretas de la paciente, la mala praxis generó una pérdida de oportunidad inferior al 40 %, modulando la indemnización en la proporción correspondiente a dicho porcentaje.

Como ha señalado este Consejo en anteriores ocasiones, en los supuestos en los que se aprecia una pérdida de oportunidad diagnóstica o terapéutica la jurisprudencia viene estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión producida, respecto del cual no es posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, limitando con ello la posibilidad de evitar daños y secuelas. Si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al enfermo por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que no lo sufre.

En este caso, teniendo en cuenta que según los informes librados a instancia de la compañía aseguradora -que no han sido controvertidos por las reclamantes- podría haberse administrado desde 2004 a la paciente un tratamiento antiviral que era efectivo para evitar la progresión de la enfermedad en el 30-40 % de los casos, consideramos correcto cuantificar la pérdida de oportunidad y, con ella, el *quantum* indemnizatorio en el 40 %.

Con arreglo a dicho parámetro, la indemnización resultante -calculada según las cifras actualizadas del baremo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, aplicable aquí *rationae temporis*- asciende, incluido el perjuicio personal sufrido por quien suscribe la reclamación, que es cuidadora de la enferma, a un total de 51.569,48 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en la cuantía señalada.”

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.