

Expediente Núm. 252/2018
Dictamen Núm. 24/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de enero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 14 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, 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 falta de información en un diagnóstico de hepatitis C.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de diciembre de 2017, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a la falta de información en un diagnóstico de hepatitis C.

Señala que actualmente reside fuera de nuestra Comunidad Autónoma y que “recibió una llamada telefónica del Hospital ‘X’ (...) comunicándole un posible contagio de la hepatitis C, ya que con ocasión de una operación en la columna (...) realizada en el año 2010 le habían detectado la enfermedad, y por ello le indicaban fuera a realizarse análisis para comprobar su estado de salud”. Indica que se dirigió a su centro de salud y que los análisis realizados “dieron positivos”.

Refiere que solicitó al hospital la historia clínica y que en ella se encuentran los informes “definitivos de serología realizados por el servicio de preoperatorios con destino a Traumatología de 24-05-2010 con resultado negativo para infección pero positivo para hepatitis C, y el informe de alta hospitalaria tras cirugía con una serie de recomendaciones sin ninguna referencia a la hepatitis C hallada”.

Alude a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, con cita de los artículos 2 y 4, y reitera que “en la historia clínica no hay constancia de que la paciente fuera informada del diagnóstico (...), ni consta ningún seguimiento clínico de esta patología desde el año 2010 hasta (...) 2017, lo que no se puede considerar correcto tanto en lo relativo al derecho a la información como desde el punto de vista puramente clínico”.

Afirma que “la demora en la información al paciente ha supuesto un agravamiento de su situación al haber desarrollado la enfermedad”.

Interesa una indemnización de setenta y cinco mil euros (75.000 €), si bien aclara que “la reclamación no es por el contagio del virus” sino que “lo que aquí se denuncia es la falta de información de la enfermedad cuando se detectó (...) y su demora hasta el presente año (2017), lo que ha impedido tomar medidas para el control de esta enfermedad y, lo que es más grave, su manifestación a día de hoy./ Se denuncia, en suma, una pérdida de

oportunidad en la vigilancia y tratamiento previo” de la misma y también “un daño moral”.

Como prueba, solicita que se aporte al expediente su historia clínica en el Hospital “X” desde 2010.

Junto con la reclamación presenta los siguientes documentos: a) Hoja de anamnesis de 16 de marzo de 2017. b) Nota interior de la Sección de Digestivo de 23 de junio de 2017. c) Informe definitivo de Microbiología del año 2010. d) Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología correspondiente al alta, de 16 de septiembre de 2010. e) Hoja de evolución y curso clínico del Hospital “Y”, de 16 de mayo de 2017. f) Hojas de seguimiento de consulta, de 10 de marzo y 24 de mayo de 2017. g) Poder para pleitos, otorgado el 26 de octubre de 2017.

En el encabezamiento de su escrito indica el domicilio de un procurador a efectos de notificaciones.

2. Mediante oficio de 20 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación presentada.

3. Con fecha 5 de enero de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica de la paciente, así como un informe sobre lo ocurrido “elaborado por quien corresponda” y otro del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación. También insta una copia del escrito dirigido directamente por la interesada al propio hospital.

4. El día 19 de enero 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al procurador designado por 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.

5. Mediante escrito registrado de salida el 5 de marzo de 2018, el Gerente del Área Sanitaria V traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el parte de reclamación y un CD que contiene la historia clínica de la perjudicada y los informes del Jefe del Servicio de Anestesia y Reanimación, del Supervisor del Servicio de Atención al Usuario, del Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y de la Facultativa Especialista del Área de Digestivo”.

El informe del Jefe del Servicio de Anestesiología y Reanimación confirma que se solicitaron pruebas diagnósticas por el Servicio de Traumatología y la “seropositividad al VHC” en la prueba realizada el 24 de mayo de 2010.

El Supervisor del Servicio de Atención al Usuario se limita a poner de manifiesto que la interesada “no tiene presentada ninguna reclamación en nuestro hospital”, indicando a continuación las fechas y los servicios hospitalarios en los que fue atendida.

El Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología confirma que la reclamante fue intervenida en el hospital el día 9 de septiembre de 2010 y que en la analítica previa “presentaba positividad en serología de hepatitis C”. También afirma que “la aparición de modernos tratamientos que pueden erradicar el virus ha sido el motivo de la llamada que nos refiere”.

Finalmente, la Facultativa Especialista de Área del Aparato Digestivo reseña que “la serología en el preoperatorio de 2010 resultó positiva, por tanto no existió contagio en el hospital, la infección era previa (...). Revisada la historia en febrero de 2017 no había constancia de que (la interesada) conociera la infección, por lo que nos pusimos en contacto telefónico en marzo de 2017 (...). Según consta en la documentación en su domicilio actual se confirmó la infección en consulta con fecha 16 de marzo de 2017”, con

“ausencia de enfermedad hepática. Es decir, el retraso en el diagnóstico no ha supuesto una agravación de la enfermedad, dado que no hay lesión hepática”.

6. El día 13 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía a la correduría de seguros una copia del expediente en tramitación.

7. Con fecha 14 de mayo de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, emite informe una especialista en Medicina Interna y en Neumología. En él describe los hechos objeto de reclamación sin contradicciones con el relato de la interesada, y tras realizar una serie de consideraciones médicas sobre la hepatitis C analiza la praxis médica. Concluye que “nos encontramos ante un caso de hepatitis C en el que no sabemos cuándo fue adquirida, pero que en cualquier caso (...) fue previa a la intervención por Traumatología en el año 2010./ No es correcto que la paciente no recibiera dicha información en el año 2010./ Cuando le comunicaron en 2017 que padecía una infección por virus C” fue evaluada en su lugar de residencia “y se confirmó que padecía una infección por virus C, genotipo 3, sin datos de fibrosis hepática, con un fibroscan con 4,3 Kpa, es decir, sin ningún dato de fibrosis hepática./ La paciente recibió tratamiento con los nuevos fármacos de acción directa, sofosbuvir/velpatasvir, sin que tengamos constancia de los resultados, pero con unos resultados esperables de curación en el 97-99 %./ No se ha producido ningún perjuicio real ni efectivo, dado que en el 2010 las alternativas terapéuticas eran menos eficaces y con más efectos secundarios, además de no estar indicado el tratamiento en todos los casos./ Sin alteración de transaminasas ni (...) en las pruebas de imagen el tratamiento no estaba indicado en todos los casos y su administración dependía (de) la decisión compartida médico/paciente, explicando riesgos/beneficios.

8. Mediante escrito notificado al procurador designado por la interesada el 18 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de 15 días.

El representante de la perjudicada comparece en las dependencias administrativas el 25 de ese mismo mes y se le entrega un CD que contiene una copia del expediente tramitado.

9. Con fecha 10 de agosto de 2018, el representante de la reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones y aporta un informe pericial. Considera acreditado que no se informó a la paciente de la infección detectada en 2010, y muestra su desacuerdo con las conclusiones del informe pericial aportado por la compañía aseguradora de la Administración sobre la ausencia de daño, ya que a su entender “es indiscutible que cuando menos concurre un daño moral, el cual puede y debe ponerse en relación con el principio de ‘pérdida de oportunidad’ y el ‘consentimiento informado’”. Tras citar diversos precedentes jurisprudenciales, afirma que “se impone la estimación de la reclamación (...), pues si bien en este caso el resarcimiento pretendido no deriva ‘afortunadamente’ de un daño hepático, hepatocarcinoma o cirrosis, también lo es, según la jurisprudencia (...), que la falta de información implica una actuación médica negligente (...). Tal omisión, después de tanto tiempo, en modo alguno puede considerarse un hecho inocuo o intrascendente (...). Es fácil imaginar el desasosiego e intranquilidad”, y “no es irrelevante el hecho de saber repentinamente que se trata de una paciente seropositiva, con carga viral, luego sin saberlo contagiosa”, aunque afirma no saber “a cuantas personas pudo haber contagiado. Decir al respecto que su marido ya se hizo las pruebas resultando negativas. Insistimos en el término ‘afortunadamente’./ Como bien dice nuestro perito (...), cuando se detectó el problema nada se hizo al respecto, con lo que bien pudo haber empeorado su cuadro desde el 2010 respecto al 2017”.

Junto con el escrito de alegaciones aporta un informe médico pericial en el que se señala haber leído el realizado por cuenta de la entidad aseguradora y estar “totalmente de acuerdo” con lo que refiere su autora, si bien quiere remarcar que el hecho de no haber informado a la paciente “se trata sin duda alguna de un caso de negligencia”. Manifiesta no poder valorar con exactitud el daño hepático “al no tener datos del 2010 para comparar con el estado en 2017. Pero sí que existe un daño moral al entrar la paciente en un estado de inquietud, desasosiego, ansiedad, angustia y preocupación al saber que durante estos años ha podido estar contagiando sin saberlo a muchas personas y que podría haber contagiado a su familia, así como haber empeorado su estado (...). Sí sabemos que no contagió a su familia, pero es posible que, sin saberlo, haya contagiado a otras personas susceptibles (de) la enfermedad y que esta haya tenido peores consecuencias que en la propia paciente portadora del virus”.

10. El día 30 de agosto de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “nos encontramos con un incumplimiento del deber de informar”, dado que el resultado positivo de un análisis del año 2010 no fue comunicado a la paciente hasta el 2017. Sin embargo, argumenta que “no se ha producido ningún perjuicio real ni efectivo, dado que en el 2010 las alternativas terapéuticas que posteriormente se le dieron no existían y no ha desarrollado ningún tipo de complicación. La reclamante confunde el concepto de pérdida de oportunidad con una falta de información (...). Lo único que se ha producido es un daño moral ligado a la falta de información pero no consecutivo a un daño físico”, y en estos casos la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo “no reconocen el derecho a una indemnización cuando, a pesar de la ausencia de información y consentimiento, no se producen daños físicos” (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010, 20 de noviembre de 2012 y 26 de mayo de 2015).

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de septiembre de 2018, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 12 de diciembre de 2017, y aunque no consta entre la documentación remitida la fecha exacta en la que se le habría comunicado telefónicamente la positividad al virus C de la hepatitis, la Facultativa Especialista de Área del Aparato Digestivo afirma que la llamada se realizó en febrero de 2017 y que la confirmación del diagnóstico en su domicilio actual se produjo el 16 de marzo de 2017, por lo que es claro que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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 34 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 en el ámbito sanitario como consecuencia de la demora en la información facilitada a la paciente sobre el resultado de una prueba diagnóstica positiva de hepatitis por virus C.

La propia Administración reconoce que el virus fue detectado en unas pruebas preoperatorias realizadas en el año 2010, y que no fue comunicado a su portadora hasta febrero de 2017, lo que constituye sin duda una mala praxis médica. La reclamante sostiene en su escrito inicial que tal demora ha supuesto “una pérdida de oportunidad en la vigilancia y tratamiento previo” y también “un daño moral”. Sin embargo, a la vista del informe pericial aportado por la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, la interesada asume en su escrito de alegaciones la ausencia de daño físico alguno (ni propio ni a su marido, que no resultó contagiado) y limita la solicitud de indemnización a un daño moral por el “desasosiego e intranquilidad” que le produce pensar que pudo haber contagiado a otras personas. El informe pericial privado que presenta en esta fase solo constata la existencia de un daño moral, dado que afirma carecer de datos médicos de 2010 para contrastarlos con los actuales, por lo que no se pronuncia sobre el posible daño hepático.

A la vista de la historia clínica y de los distintos informes obrantes en el expediente, no hay duda alguna de que -como ya hemos indicado- se produjo una demora injustificada en la información sobre la infección detectada, lo que constituye una mala praxis médica, si bien es preciso señalar que la detección del citado virus se produjo en el transcurso de unas pruebas preoperatorias

resultando acreditado en el expediente que la paciente ya era portadora del mismo con anterioridad a la realización de aquellas. En todo caso, debemos considerar acreditada la demora en la información relativa a la serología positiva, la primera de las circunstancias sobre las que la interesada sustenta su reclamación. Ahora bien, en cuanto a la posible indemnización como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de información a los pacientes, debemos descartar que la simple inobservancia de estos deberes dé lugar a una indemnización si aquel hecho no se vincula de modo directo a la causación de un daño físico. La jurisprudencia referida a la ausencia de consentimiento informado (cuyas conclusiones consideramos extrapolables a la cuestión que analizamos) así lo sostiene de modo reiterado, tal como se expone en la propuesta de resolución, y este Consejo viene manifestando que “en ausencia de daño, y más allá de insistir en lo irregular del procedimiento administrativo, no es posible reconocer una indemnización por la no prestación del consentimiento informado por escrito de la paciente” (por todos, Dictamen Núm. 237/2013).

En el supuesto analizado, los informes médicos y la propia interesada -que como hemos expuesto limita su reclamación a la posible existencia de un daño moral-, niegan la existencia de un daño físico, propio y ajeno, originado por esa demora. Desechada la posible indemnización por el mero incumplimiento de los deberes de información a la paciente, hemos de analizar si existe alguna prueba del daño moral alegado, puesto que, como venimos señalando de forma constante, la efectividad del daño se constituye en presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, debiendo recordarse que la prueba del daño, cuya carga corresponde a quien reclama, exige su acreditación en forma tal que permita adquirir certeza racional sobre su existencia, sin apreciaciones subjetivas.

En cuanto al daño moral, este Consejo ha manifestado reiteradamente que la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante pesa sobre quien reclama, y aun siendo liviana existe, de ahí que, “aunque se atempere la

carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto” (Dictámenes Núm. 134/2015, 184/2017 y 209/2018). También hemos señalado que “aunque el daño moral tiene un carácter `abstracto, espiritual y subjetivo´, a fin de efectuar una `valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar´” (Dictámenes Núm. 6/2018 y 160/2018). En este sentido, y como señalamos en el Dictamen Núm. 184/2018, “la prueba del daño moral ha de evidenciar (...) la existencia de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar según establece la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al declarar que `el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre (...), salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave´ (Sentencias de 3 de octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7033-, de 29 de marzo y 30 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:1786 y ECLI:ES:TS:2006:5418- y 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª)”.

En el caso que examinamos no existe prueba -ni la interesada lo alega- sobre el posible padecimiento de algún síntoma que ponga de relieve una repercusión de cierta gravedad en su salud, ni tampoco rastro de que por el “desasosiego e intranquilidad” a que se refiere haya necesitado algún tipo de asistencia especializada. Por tanto, no hay ningún dato que permita deducir o considerar que el impacto del conocimiento de esa pretérita positividad al virus C de la hepatitis haya alcanzado la gravedad suficiente como para estimar la existencia real de un daño moral jurídicamente relevante y por tanto indemnizable.

A falta de prueba al respecto, que pudo aportar la interesada, la efectividad del daño moral alegado no puede deducirse de la mera verificación de la mala praxis administrativa, ni tampoco de sus simples manifestaciones, ayunas de soporte probatorio. A la vista de ello, consideramos que su pretensión ha de ser desestimada.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.