

Dictamen Núm. 108/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de febrero de 2023 -registrada de entrada el día 6 de marzo de 2023-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del contagio por SARS-CoV-2 (COVID-19) que atribuye a la negligencia de los responsables del hospital público en el que trabaja.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 15 de marzo de 2022 la interesada -auxiliar de enfermería de Pediatría, adscrita en el momento de producirse los hechos al Hospital “X”- presenta en el registro de este centro una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del contagio por SARS-CoV-2 (COVID-19) sufrido en el desempeño de su trabajo.

Expone que causó baja médica entre el 20 de marzo de 2020 y el 21 de marzo de 2021, aclarando que le “ha sido reconocida la enfermedad profesional” y que ha “tenido problemas con las secuelas”.

Considera que el contagio, “al igual que otros muchos en planta, se debió a la negligencia que existía por parte de los responsables, no adoptándose las medidas de seguridad precisas y haciendo que los trabajadores no estuviéramos dotados de los medios necesarios, además de permitir la entrada y salida del centro de familiares de los menores ingresados, incluso el intercambio entre ellos”, y alude en apoyo de estas afirmaciones a “los únicos documentos informativos sobre el coronavirus de los que se nos dio traslado y que permanecían en lugar visible de la planta de Pediatría”, indicando que “tan solo se contaba con el (...) redactado por la Supervisora de la Unidad (...) que, aun cuando data de 20 de diciembre de 2019, estuvo colgado hasta hace relativamente poco tiempo, cuyas recomendaciones además no se seguían”.

Sostiene -remitiéndose a la transcripción del contenido de las conversaciones mantenidas en un grupo de una red social que “teníamos las trabajadoras de la planta con la supervisora”- que “nada se cumplía y que las medidas de protección de los profesionales eran ilusorias, lo cual evidencia que el contagio fue totalmente gratuito y negligente, habida cuenta de que no se hubiera producido si se hubieran adoptado las medidas de protección adecuadas y si hubiera facilitado y no restringido el material preciso para evitar el contagio./ Y no es posible afirmar que estemos ante un virus desconocido pues, de haberse aplicado las medidas adecuadas, no hubiera habido posibilidad de contagio”. Añade que a ello “debe unirse el hecho de que hasta julio-agosto de 2020 en el Área Sanitaria III (...) no se dispuso de profesional de Medicina Preventiva, siendo el Servicio de Prevención quien debería revisar los protocolos con el fin de proteger a los trabajadores cuando sea solicitado por alguna Dirección del centro (...). En definitiva, el contagio por coronavirus y las secuelas que (le) han quedado por ello son consecuencia del funcionamiento” del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Entiende que “resulta evidente que el funcionamiento de la Administración sanitaria, en este caso del Principado de Asturias, no fue el correcto pues de haber existido un profesional de Medicina Preventiva, de haberse seguido las recomendaciones colgadas en la web para todos (incluidos padres), de haberse facilitado el material preciso y no restringido su uso la planta de Pediatría no se hubiera convertido en caldo de cultivo de contagios de coronavirus por aquel entonces, habiéndose contagiado en las mismas fechas al menos 3 profesionales de la sanidad, y sin que *a posteriori* se hubiera producido ni un solo contagio más, lo que implica que se aprendió a raíz de lo que sucedió a quienes nos contagiamos”.

Respecto a los daños sufridos, indica que ha estado de baja laboral un total de 365 días y que le ha quedado como secuela durante “mucho tiempo disnea de esfuerzo, con aumento significativo del diámetro del cono de la arteria pulmonar que alcanza un calibre máximo de 37 mm con una relación arterial pulmonar: aorta descendente mayor de 1, con episodio depresivo moderado”.

Cuantifica el daño padecido en treinta y cuatro mil ochocientos diecinueve euros con cincuenta céntimos (34.819,50 €).

Acompaña copia de diversa documentación médica; del parte de incapacidad temporal, en el que figura como fecha de la baja el 22 de marzo de 2020; fotografías de documentos referidos a las medidas a adoptar en los centros sanitarios, y documento notarial con la transcripción de conversaciones mantenidas a través de una red social.

2. Mediante escrito de 6 de abril de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica 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, el plazo de resolución y notificación del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 3 de mayo de 2022 el Gerente del Área Sanitaria III le remite los informes elaborados por los Servicios de Pediatría y de Prevención de Riesgos Laborales.

El informe emitido por el Jefe del Servicio de Pediatría refleja que “las medidas de prevención en relación con la pandemia por COVID-19 tomadas en la planta de hospitalización de Pediatría han ido en consonancia con el conocimiento disponible en cada momento y con las guías y recomendaciones de actuación emitidas por los distintos organismos internacionales, nacionales y autonómicos. Todo ello también influido por las recomendaciones de uso del material de protección individual disponible durante la primera onda epidémica y con el marco jurídico vigente en cada momento”.

En relación con el acompañamiento a los menores hospitalizados, “es importante señalar que existe un marco jurídico internacional (...). Por ello (...) no hubiera sido procedente en ningún momento la eliminación del acompañamiento de los pacientes pediátricos hospitalizados. No tenemos conocimiento de que en otros centros con hospitalización pediátrica se hubieran tomado ese tipo de decisiones, incluso en el caso de pacientes pediátricos con infección confirmada por el virus de la COVID-19. Tampoco nos consta que se haya realizado cribado sistemático de infección COVID-19 en acompañantes de pacientes pediátricos, algo que, además de la complicación logística que supondría, podría haber llevado a limitaciones inaceptables en el acompañamiento de los menores./ Las medidas de prevención en relación con los acompañantes tienen más que ver con las recomendaciones hacia la población general, o con las emitidas para evitar la transmisión entre profesionales en el centro de trabajo. Así, se pasó de no recomendar el uso de mascarilla salvo en situaciones muy concretas, a la recomendación universal de uso de mascarilla en todo momento. Tampoco existen datos en el momento actual que indiquen que el riesgo profesional de infección COVID-19 haya sido superior en el personal de plantas que

permitieron acompañamiento durante la pandemia respecto a otras plantas de hospitalización”.

Indica que en la reclamación se hace referencia a “una serie de documentos numerados que no se incluyen junto al texto (...) que se (le) ha proporcionado, por lo que no” puede “identificarlos con seguridad. Por las fechas que se mencionan, algunos parecen no estar relacionados con la pandemia por COVID-19, sino con las medidas adoptadas con anterioridad para el aislamiento de pacientes con infecciones respiratorias, como la gripe o la bronquiolitis (...), dirigidas a evitar la diseminación de estos microorganismos hacia otros pacientes hospitalizados./ Como complemento a la información aportada por la reclamante, hay que señalar que el periodo en el que se desarrollan los hechos registró muy poca actividad en la planta de hospitalización de Pediatría. Si nos ceñimos a la semana previa al inicio de la baja médica (20 de marzo), entre el 12 y el 20 de marzo de 2020 solo se registraron 9 pacientes ingresados, de los cuales 7 tenían realizada PCR para COVID-19 con resultado negativo. Los dos pacientes restantes, con motivo de ingreso no relacionado con procesos infecciosos, tuvieron una estancia de 1 día”.

El Técnico de Prevención de Riesgos Laborales, con el visto bueno de la Directora de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria III, detalla las medidas que desde el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales se adoptaron, señalando, “respecto a las medidas de protección y falta de EPI´s”, que “en febrero y marzo seguía vigente la `Guía de aislamiento para pacientes con infecciones transmisibles´” editada por la Consejería de Sanidad en 2007 y revisada en febrero de 2017. Tras poner de relieve que se llevaron a cabo “las directrices marcadas por el `Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) en Asturias´” emitido por la Consejería de Salud del Principado de Asturias y revisado en febrero de 2020, reproduce alguno de los puntos de este documento relativos a las vías de transmisión de los coronavirus y las medidas dirigidas a la prevención y control de la infección.

En cuanto a “la ausencia de EPIs”, manifiesta que “se recomendaba su uso según el procedimiento emitido por la Consejería de Salud del Principado de Asturias, como en todos los procedimientos que así lo requiriesen hasta entonces. En esas fechas no se tiene conocimiento por parte del Servicio (...) de que se denegase la entrega de los EPIs por falta de ellos”. Añade que “desde el Servicio de Prevención se realizó una acción formativa en ‘Colocación y retirada de EPI: Aislamiento por gotas y contacto’ desde el 5 de marzo de 2020 (...). No nos consta asistencia de la reclamante./ Desde Dirección de Enfermería se realizaron formaciones en las Unidades de Hospitalización desde marzo de 2020 referente a ‘Colocación y retirada de EPIs, Higiene de manos y vías de transmisión del COVID’. No nos consta asistencia de la reclamante”.

En relación con la entrada y salida de familiares, informa que “la entrada o permanencia de familiares en las plantas sería competencia del Servicio de Atención al Ciudadano y en su defecto de las direcciones del hospital./ Los protocolos de aislamientos corresponden a Medicina Preventiva. Hasta julio de 2020 no se incorporó un médico de Medicina Preventiva en el Área III. Anteriormente los protocolos de aislamiento debían estar avalados por la Dirección del hospital”.

Sobre su situación de incapacidad temporal y reconocimiento de enfermedad profesional, menciona lo dispuesto en el Real Decreto-ley 19/2020 de 26 de mayo, conforme al cual “se dispone el reconocimiento como accidente de trabajo de las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído COVID-19 durante cualquiera de las fases de la pandemia”, así como lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, donde se prevé que el personal que preste servicios en centros sanitarios y haya contraído el virus SARS-CoV-2 dentro del período comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas

tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se vean afectadas por una enfermedad profesional. Además, se remite a lo recogido en el "punto 7" del "Procedimiento de actuación para los servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 (6 de julio de 2020)", conforme al cual "el servicio sanitario del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales elaborará el informe para que quede acreditada la indicación de incapacidad temporal (...) con el fin de facilitar a los servicios de Atención Primaria o mutuas colaboradoras con la Seguridad Social su tramitación en:/ los casos sospechosos o confirmados y los contactos estrechos de casos confirmados ocurridos en la empresa. Así como los casos confirmados para los que le sea requerido por la autoridad sanitaria".

4. Mediante oficio de 29 de junio de 2022, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante requiere a la Gerencia del Área Sanitaria III que complete la información remitida con un informe de la enfermera Supervisora de la Planta de Pediatría, concretándose en él si desde el inicio del COVID-19 hasta el día 20 de marzo de 2020 hubo falta en esa Unidad de mascarillas y otros medios de protección en caso necesario para uso del personal, si a las enfermeras y auxiliares de la planta se les transmitieron indicaciones sobre el uso de las mismas y si se restringieron las visitas a la planta, aunque respetando el derecho de los niños ingresados a estar acompañados, y además si se proporcionaron, en caso necesario, mascarillas a los acompañantes.

5. El día 12 de julio 2022, el Gerente del Área Sanitaria III traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe de la Supervisora del Área Materno-Infantil. En él señala que "desde el inicio del COVID-19 hasta el día 20 de marzo de 2020 el personal de Pediatría que atendía a casos en investigación o probables para infección por SARS-CoV-2" -precisando que "no se atendía a casos confirmados" porque se trasladaban al Hospital "Y" desde el Servicio de Urgencias sin subir a la Unidad- tenía a su disposición un equipo de

protección individual que incluía:/ Bata resistente a líquidos./ Protección ocular anti salpicaduras./ Guantes./ Mascarillas”. Añade que “en esas fechas no (tuvo) constancia de que a ningún trabajador de la Unidad de Pediatría le hubiese faltado un EPI./ En los días anteriores al 20 de marzo de 2020 seguía vigente la ‘Guía de aislamiento para pacientes con infecciones transmisibles’ (...), colgada en la intranet del Área III a disposición de todos los trabajadores./ Las directrices marcadas para el manejo de los pacientes en investigación o probables por infección por SARS-CoV-2 eran precauciones estándar, precauciones de contacto y precauciones de transmisión por gotas y, si se iban a producir aerosoles, precauciones de transmisión aérea./ Conforme a las instrucciones de la Gerencia del Área III y del Servicio de Atención al Ciudadano del Área III, se restringieron las visitas en la Unidad, aunque se respetó el derecho de los niños ingresados a estar acompañados, y se proporcionaron, en caso necesario, mascarillas a los acompañantes”.

6. Con fecha 6 de septiembre de 2022, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito en el que insta a que se le dé traslado de “todos cuantos informes se hayan solicitado por el instructor”, que se le indique “qué se ha decidido respecto de la admisión o denegación de las testificales que en la demanda de responsabilidad patrimonial” solicitó y que se aporte la guía oficial de aislamiento que se seguía en el Hospital “X” “en los meses de febrero/marzo de 2020”. así como que “se rastree (...) el número de PCR que en Pediatría y Neonatología se hicieron en los meses de febrero, marzo y hasta el 15 de abril de 2020, aportándose “por quien corresponda la relación de niños que de consultas fueron a planta de Pediatría a realizar pruebas médicas/analíticas en los meses de febrero y marzo de 2020”.

7. El día 23 de septiembre de 2022 emiten informe pericial, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, dos especialistas, uno de ellos en Medicina Interna y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

En él, tras analizar los datos obrantes en el expediente, se concluye que “no ha existido inobservancia de la obligación de implementar las medidas de seguridad necesarias para proteger la salud del personal sanitario asistencial” en el Hospital “X”.

Consideran que “no existe negligencia, culpa y/o abandono de funciones en las medidas preventivas adoptadas” en el Hospital “X” “para prevenir el contagio de COVID-19 que finalmente sufrió” la reclamante, quien “desempeñaba su actividad asistencial en una planta de hospitalización de Pediatría, sin pacientes ingresados con COVID-19 en el momento de los hechos”. Indican que el 14 de marzo de 2020, “coincidiendo aproximadamente con la probable fecha de contagio, las autoridades sanitarias recomiendan adoptar medidas de protección estándar, aislamiento de contacto y por gotas en la asistencia a pacientes sospechosos o confirmados con infección COVID-19 (...). Estas medidas preventivas en relación con el contagio de enfermedades infecciosas ya estaban contempladas en el protocolo asistencial” del hospital “en la planta de Pediatría (...). Eran conocidas y de difusión pública, como acreditan las copias de carteles expuestos en las plantas (...). Es obligación y responsabilidad del profesional sanitario seguir las recomendaciones preventivas (...). Queda acreditada la disponibilidad sin restricción de EPIs para su uso adecuado por el personal asistencial (...). Además de la disponibilidad del material, se realizan actividades formativas para su uso, a las que la reclamante no acude (...). La no existencia de Servicio de Medicina Preventiva en el centro en el momento de los hechos no supone ningún cambio en la actitud a seguir; las medidas a tomar son las mismas (...). La paciente padece patologías preexistentes -ex tabaquismo desde 1 año antes (25 paq./año acumulados), hipertensión arterial, obesidad mórbida- que perfectamente pueden justificar la insuficiencia respiratoria de esfuerzo reclamada”. Afirman que, por ello, “no es posible hablar de responsabilidad patrimonial, ni establecer un nexo causal único, cierto, directo y total entre la actuación de la Administración sanitaria” en el Hospital “X” “y el contagio por COVID-19” de la interesada.

8. Mediante oficio notificado a la interesada el 7 de octubre de 2022, el Inspector de Prestaciones Sanitarias le comunica que “en su (...) reclamación de responsabilidad patrimonial no ha solicitado ninguna prueba testifical”.

9. Con fecha 24 de octubre de 2022, el Inspector de Prestaciones Sanitarias requiere a la Gerencia del Área Sanitaria III que se solicite a la auxiliar de enfermería de Pediatría que identifica un informe sobre la situación en la planta la semana previa al contagio de la reclamante en relación con “la dotación de mascarillas y otros EPI para el personal, el uso de los mismos y si las visitas de familiares fueron restringidas en esos días.

Asimismo, insta a que se aporte al expediente la guía de aislamiento requerida por la interesada y que se indique el número “de niños que desde consultas fueron a planta de Pediatría a realizar pruebas o analíticas en febrero y marzo de 2020, así como ratificación del contenido del informe de 18 de abril de 2022 en relación con el número de niños ingresados.

10. Mediante oficio de 15 de noviembre de 2022, la Gerencia del Área Sanitaria III envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un enlace para el acceso *on-line* a la “Guía de aislamiento para pacientes con infecciones transmisibles”, la ratificación del informe previo del Servicio de Pediatría y un informe de la Sección de Microbiología.

El Jefe de la Sección de Microbiología señala, con carácter previo, que en la solicitud de datos formulada no se especifica el tipo de PCR por la que se pregunta, entendiéndose que se refiere a PCR SARS-CoV-2. Aclara que los datos que se aportan son los remitidos por el Hospital ‘Y’, dado que en el período analizado, “por directrices de obligado cumplimiento, todas las peticiones de PCR SARS-CoV-2 se derivaron al Servicio de Microbiología” de dicho centro, e informa de que “en el conjunto del Área III, durante el período” referido, “consta que se solicitaron 78 PCR, que correspondían a 76 pacientes”, de los cuales 20 procedían de Atención Primaria y “58 PCR (56 pacientes)” del

Hospital "X", precisando que "45 PCR (45 pacientes) fueron de Urgencias y 13 PCR (11 pacientes) eran de hospitalización en planta Pediatría. Dentro de estos últimos, 2 PCR (2 pacientes) eran de Neonatología y 11 PCR (9 pacientes) eran del resto de hospitalización de Pediatría". Subraya que, "con la excepción de un caso que fue positivo, visto sólo en Urgencias del hospital y que no ingresó en planta de hospitalización, el resto de las PCR fueron negativas".

Por su parte, el Jefe del Servicio de Pediatría del Hospital "X" ratifica, con fecha 8 de noviembre de 2022, "el informe emitido el 18 de abril de 2022 acerca de los resultados de estudios virológicos realizados a los pacientes ingresados en planta entre el 12 y 20 de marzo de 2020. En algún caso la toma de muestras para la realización de PCR para SARS-CoV-2 (...) y otros virus respiratorios se realizó en Urgencias antes de su llegada a planta pero, en la gran mayoría de los mencionados, la toma de muestra se realizó en la propia planta de Pediatría. Todo ello está documentado en las historias clínicas electrónicas de los pacientes".

11. El día 21 de noviembre de 2022, la Gerencia del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un informe de la TCAE de la Unidad de Pediatría del Hospital "X" en el que se aclara, "en cuanto a la dotación de mascarillas y otros EPIs", que disponían "en cantidad necesaria y suficiente de mascarillas quirúrgicas, batas y guantes para utilizar en los aislamientos prescritos./ A partir del 5 de marzo del 2020, también disponíamos de mascarillas FPP2 en la Unidad de Pediatría de manera continuada, para uso de todo profesional que las necesitara./ A partir del 5 de marzo de 2020, se nos comunica que, por orden del Jefe de Servicio de Pediatría, podían acompañar al niño dos progenitores, siempre y cuando no tuvieran síntomas respiratorios agudos ni fiebre. En el resto de los miembros de la familia, solo se permitía un acompañante".

12. Mediante oficio notificado a la interesada el 12 de diciembre de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios acuerda la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

13. Con fecha 3 de enero de 2023, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que “buena parte de la documentación unida al expediente y solicitada por el Instructor no responde a la realidad”, incidiendo en que el informe del Jefe del Servicio de Pediatría “es contrario a la documentación adjunta a la reclamación patrimonial (...). Y lo mismo sucede con los restantes informes unidos al expediente./ Y es que el único ‘protocolo’ que se seguía entonces -a fecha marzo 2020- era uno de aislamiento (...) de 20-12-2019 y firmado por la Supervisora de la Unidad, que nuevamente se adjunta. Se trataba de un mero aislamiento de contacto, no aislamiento de contagio y gotas, que sorpresivamente se une ahora al expediente administrativo (...). Hasta la fecha de contagio de quien suscribe (23 de marzo), en planta no había más que una mascarilla quirúrgica por persona y día (...). Fue el mismo día 20 de marzo de 2020 cuando el personal (enfermería) consigue que se cierre la sala de juegos de la planta de Pediatría, porque los acompañantes entraban y salían sin control (...). No se hacían PCR en aquel entonces tampoco, al menos en planta; sólo a partir del 30 de abril, conforme se acredita en el documento adjunto (...). Para verificar la realidad de lo afirmado por el Jefe del Servicio de Pediatría sobre las 7 pruebas PCR para COVID efectuadas en la semana entre el 12 y el 20 de marzo de 2020, se interesa que se una al expediente la documentación justificativa de tal extremo”.

Añade que “no había EPIS en la fecha de (su) contagio (...), luego difícilmente pudo haberse efectuado un curso para su colocación y retirada”, interesando que se una al expediente la documentación acreditativa de la realidad del mismo.

Respecto a “la entrada y salida de familiares de la planta, era una locura”, y expresa que “desde prevención se sabía todo, en especial que no se seguía en planta el Protocolo del Área III”. Sobre la afirmación de que no había pacientes por COVID-19 en planta en las fechas que se menciona, aclara que ello se debe a que “no se hacían PCR por esta enfermedad en Pediatría sino hasta finales del mes de abril de 2020”.

Concluye que “existió negligencia y abandono de funciones en las medias preventivas adoptadas en planta”.

14. El día 25 de enero de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, afirmando que “en ningún caso ha quedado acreditado que haya habido una falta de medidas de seguridad que pueda ser imputada a la Administración sanitaria y (...) generadora de una responsabilidad”. Considera que “ha quedado acreditado que la reclamante en ningún momento prestó asistencia a pacientes COVID-19”, y que “las medidas de protección de los trabajadores implementadas se ajustaron a las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Sanidad en aquel momento”.

Añade que “la consideración, primero como accidente de trabajo y después como enfermedad profesional, de los contagios por COVID-19 se hizo a los efectos del reconocimiento de una prestación de Seguridad Social y, por lo tanto, *per se* no determina imputación de ninguna responsabilidad trasladable al empresario”.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de febrero de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, 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 según 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, de conformidad con 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 como 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 15 de marzo de 2022, y en ella la interesada acciona vía responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria del Principado de Asturias para la que presta servicios como consecuencia del positivo confirmado por

SARS-CoV-2 (COVID-19) que determinó su declaración en situación de incapacidad temporal entre el 22 de marzo de 2020 y el 21 de marzo de 2021, por lo que es claro que 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 del servicio afectado, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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.- La interesada -auxiliar de enfermería adscrita en el momento de producirse los hechos al Hospital “X”- reclama a la Administración sanitaria para la que presta servicios una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su contagio por SARS-CoV-2 (COVID-19), acontecido en el desempeño de sus funciones.

La realidad del contagio por caso confirmado de COVID-19 de la reclamante, que determinó su declaración en situación de incapacidad temporal entre el 22 de marzo de 2020 y el 21 de marzo de 2021, resulta plenamente acreditada con los correspondientes partes de incapacidad temporal, sin que el origen de dicho contagio sea objeto de discusión por parte de la Administración.

En estas condiciones, cabe deducir que la interesada ha padecido un daño personal efectivo, con independencia de cuál deba ser su concreción y cuantificación económica; cuestiones estas que solo abordaremos de concurrir el resto de requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial solicitada.

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

No obstante, con carácter previo al examen de fondo de la cuestión sometida a nuestra consideración ha de repararse en que el daño cuya indemnización se postula es padecido por una empleada pública en el desempeño de sus funciones.

En estos casos, la primera cuestión que se suscita es la propia viabilidad de la pretensión indemnizatoria ejercitada por una persona vinculada a la Administración pública por una relación de sujeción especial que acude al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial al amparo del régimen constitucional y legalmente establecido a tal efecto para los particulares. Ligado a lo anterior, debemos abordar igualmente la posible complementariedad de esta acción con las indemnizaciones que quien la ejercita haya podido recibir, en su caso, con cargo al régimen previsto para los accidentes de trabajo -tal consideración reciben los contagios de SARS-CoV-2 sufridos, en el ejercicio de su profesión, por el personal que preste servicios en centros sanitarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan Medidas Complementarias en

Materia Agraria, Científica, Económica, de Empleo y Seguridad Social y Tributarias para paliar los Efectos del COVID-19- que resulte de aplicación a los empleados públicos.

Al respecto este Consejo viene señalando (por todos, Dictamen Núm. 124/2022) que, "si bien la Constitución -en el artículo 106.2- y la LRJPAC -en los artículos 139.1 y 141 (...)- hacen referencia al procedimiento de responsabilidad patrimonial por el que se reconoce el derecho de 'los particulares' a ser indemnizados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye de este procedimiento a los 'servidores públicos', pero con la matización de que solo cabría su eventual aplicación en el caso de que la lesión se produzca por un anormal funcionamiento del servicio público (Sentencia de 1 de febrero de 2003 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-). Además, y en virtud de lo que la jurisprudencia denomina 'instituto de la plena indemnidad', no cabe excluir de plano el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como cauce complementario de indemnización, cuando las vías de resarcimiento específicas hayan sido notoriamente insuficientes para la 'reparación integral' del daño (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-)./ A la hora de fijar la cuantía de la indemnización, la que se reconozca en el seno de este cauce reparador puede concurrir con las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación a los empleados públicos. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la compatibilidad entre las prestaciones derivadas de los sistemas de protección social y las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, pero en un marco limitado, de un lado, por el principio de indemnidad, que se garantiza, y, de otro, por el (de) enriquecimiento injusto, que se proscribe. Así lo afirma el Alto Tribunal en la Sentencia de 2003, ya citada, cuando indica que 'no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial de la plena indemnidad o de la reparación integral'".

En definitiva, resulta admisible el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por parte del personal al servicio de la Administración pública en el caso de lesiones sufridas en el ejercicio de sus funciones, aunque un eventual acogimiento favorable de una reclamación así formulada quedaría restringido para los empleados públicos a la circunstancia de que el funcionamiento del servicio público al que se anuda causalmente el daño haya resultado anormal, excluyendo de esta forma los daños sufridos por los empleados en el caso de funcionamiento normal de estos mismos servicios.

Sentado lo anterior, y toda vez que -como ya indicamos- quedan acreditadas tanto la realidad del daño alegado como las circunstancias en las que el mismo se produjo, es preciso examinar si concurren los demás requisitos legalmente exigidos para estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial. En concreto, ha de determinarse si el acreditado contagio del SARS-CoV-2 (COVID-19) sufrido por la interesada, con origen en el centro sanitario en el que presta sus servicios y que asocia a la falta de equipos de protección, es consecuencia de un funcionamiento anormal de este servicio público.

A los expresados efectos, la perjudicada atribuye el contagio padecido a la negligencia que existía por parte de los responsables del Hospital "X", a cuyo Servicio de Pediatría estaba adscrita, reprochando que no se adoptaban las medidas de seguridad precisas, la falta de medios necesarios (equipos de protección individual -EPI-) y que se permitía la entrada y salida del centro a familiares de los menores ingresados sin ningún tipo de control, ello a pesar de que "existía más que certeza de la venida de la pandemia a nuestro país; la OMS ya lo había puesto de manifiesto en infinidad de momentos previos", y el 30 de enero de 2020 "lanzó la Emergencia Sanitaria Internacional y a esa fecha ya concurrían los requisitos de la fase 5 del 'Plan de preparación y respuesta ante una pandemia de influenza' de la OMS (...). Según el Plan Nacional de Prevención y Respuesta ante una Pandemia de Gripe elaborado en el año 2006, en las fases 4 y 5 el objetivo fundamental de la salud pública consiste en preparar a la población para la posible llegada de la pandemia y

maximizar los esfuerzos para contener o retrasar la difusión, comprobando que el suministro de materiales y equipamiento sanitario esté disponible en todos los niveles. Entre esos medios están los EPIs, medicamentos antivíricos, antibióticos, apoyo de hidratación, oxígeno y ventilación./ Era un hecho conocido que las mascarillas eran medio adecuado para prevenir el contagio y la propagación, así lo declaró el Ministerio de Trabajo en el año 2009 con ocasión de la Gripe A. Sin embargo, no se adoptaron por la Administración las previsiones necesarias para garantizar su disponibilidad, ni se protegió a los profesionales de la sanidad con los medios disponibles”.

Añade que en su Área Sanitaria hasta julio o agosto de 2020 “no se dispuso de profesional de Medicina Preventiva, siendo el Servicio de Prevención quien debería revisar los protocolos con el fin de proteger a los trabajadores cuando sea solicitado por alguna Dirección del centro”.

Por el contrario, los diferentes informes incorporados al expediente por la Administración durante la instrucción del procedimiento rechazan las imputaciones alegadas por la reclamante.

En primer lugar, cabe destacar que la perjudicada no prestó asistencia a pacientes COVID-19 en la planta de Pediatría en la que prestaba sus servicios. Los casos confirmados no llegaban a la Unidad en la que ella se encontraba, dado que eran derivados al Hospital “Y” desde el Servicio de Urgencias. Entre el 12 y el 20 de marzo de 2020 sólo se registraron 9 pacientes ingresados, los casos sospechosos eran únicamente 7, siendo el resultado de la PCR negativo, y los dos restantes, con estancia hospitalaria de un día, no tuvieron relación con procesos infecciosos. Estos datos son relevadores de la necesidad de uso de medios disponibles.

Por otra parte, el informe del Servicio de Pediatría refleja que “las medidas de prevención en relación con la pandemia por COVID-19 tomadas en la planta de hospitalización de Pediatría han ido en consonancia con el conocimiento disponible en cada momento, y con las guías y recomendaciones de actuación emitidas por los distintos organismos internacionales, nacionales y autonómicos”.

El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, por su parte, informa de manera detallada sobre las medidas de protección adoptadas, aplicándose las guías correspondientes y el procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo virus emitido por la Consejería de Salud del Principado de Asturias. En relación con la alegada falta de EPIs, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital "X" afirma que se recomendaba su uso según el procedimiento emitido por la Consejería de Salud del Principado de Asturias, y que en esas fechas no se tiene conocimiento de que no se entregasen al personal por falta de ellos. La Supervisora del Área Materno-Infantil informa en el mismo sentido, justificando que hasta el 20 de marzo de 2020 el personal de Pediatría disponía de un EPI que incluía una bata resistente a líquidos, protección ocular, guantes y mascarillas. Queda acreditado igualmente que la información estaba disponible para el personal del centro.

Cabe recordar que el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, dispuso que las autoridades sanitarias "garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria". Ciertamente, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de octubre de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:3024- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), "los términos de este precepto dejan claro que traza unos principios, unas orientaciones o estándares (...), pero no define una prestación concreta. Deja un margen a la Administración, primero, para establecer las necesidades que se vayan poniendo de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria. Luego para decidir cuál es esa mejor distribución en función de las necesidades. Son precisas, por tanto, actuaciones intermedias que integran un conjunto complejo y variable que deberá plasmarse en la identificación de los medios a distribuir y en su distribución misma, que el artículo 12.4 no precisa. No hay, por tanto, directamente en él

la imprescindible prestación concreta a exigir a la Administración cuyo incumplimiento pueda demandarse judicialmente”. No obstante, el rechazo a considerar la actuación de la Administración aquí examinada como inactividad a los efectos de su impugnación no impide al Tribunal Supremo apreciar que “es notorio que la pandemia nos ha llevado a unas circunstancias absolutamente excepcionales, desconocidas desde hace muchas décadas y que esa excepcionalidad se ha manifestado a escala mundial y puede haber ocasionado serias dificultades de abastecimiento de medios de protección en los mercados internacionales”, y que -como ya había constatado en los Autos de 31 de marzo y 20 de abril de 2020- hay que aceptar como hecho evidente que en el comienzo de la pandemia los profesionales sanitarios “no han contado con todos los elementos de protección necesarios” y que “los medios disponibles no fueron suficientes en los momentos iniciales”.

Con todo, tal y como señalamos en el Dictamen Núm. 124/2022, la constatación de esa insuficiencia de medios de protección -que se reputa conocida al arranque de la pandemia y en todo el territorio nacional- no implica *per se* un funcionamiento anormal del servicio público que aboque al reconocimiento de una responsabilidad patrimonial. En el caso aquí examinado, frente a las alegaciones de la reclamante, carentes de un mínimo soporte probatorio, consta, por un lado, que la Administración ha justificado que se facilitaron equipos de protección al personal sanitario en la medida de su disponibilidad y sin atisbo de arbitrariedad en su distribución, así como la práctica de acciones formativas al respecto, a las cuales la ahora interesada no acudió, limitándose a negar su existencia.

Por otro, la objetividad que se predica del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública o la llamada “cláusula de progreso” no pueden erigirse en un deber universal de resarcir cuando, atendido el contexto en el que se desenvuelve la actuación administrativa, es apreciable el singular esfuerzo -entendido como recurso a todos los medios disponibles para un fin dirigido a obtener los equipos de protección sanitaria en un mercado internacional escaso y de difícil acceso, sin que pueda elevarse a una

obligación de resultado el genérico deber de la Administración de suministrar medios de protección eficaces. Esto es, la responsabilidad patrimonial de la Administración en orden a asegurar los medios de protección necesarios para el desempeño de un trabajo -que tampoco excluirían los riesgos de contagio aunque abarquen todas las medidas preventivas posibles- debe examinarse en términos de proporcionalidad y razonabilidad, sin que puedan reputarse funcionamiento anormal del servicio aquellas carencias que no derivan de un déficit en los medios empleados para aprovisionarse sino de un evento extraordinario de alcance global, frente al que no cabe exigir a la Administración que lo hubiese previsto en todo su alcance y que se hubiera anticipado a sus diversas y múltiples consecuencias.

Por otra parte, denuncia también la reclamante que en el Hospital "X" se permitiera "la entrada y salida del centro de familiares de los menores ingresados, incluso el intercambio entre ellos". Sobre este concreto reproche, y sin olvidar que más allá de su formulación la interesada no aporta cumplida prueba, es importante tomar en consideración, tal y como se hace en el informe del Servicio de Pediatría, la especial situación jurídica de los menores ingresados y cómo opera en este caso su superior interés, sin que haya quedado justificado que, particularmente en la fase de la pandemia en la que la perjudicada sufre un contagio, resultase procedente la eliminación del acompañamiento de pacientes pediátricos. Debe reiterarse que, como señala la Supervisora de Área Materno-Infantil del Área Sanitaria III, en los días anteriores a la baja médica de la reclamante seguía vigente la "Guía de aislamiento para pacientes con infecciones transmisibles" colgada en la intranet del Área Sanitaria III, y las directrices para el manejo de los pacientes en investigación o probables para infección por SARS-CoV-2 eran precauciones estándar, precauciones de contacto y precauciones de transmisión por gotas y, si se iban a producir aerosoles, precauciones de transmisión aérea (sin que ninguna de las sospechas se confirmara). En todo caso, según las instrucciones recibidas, se restringieron las visitas pero respetando el derecho

de los menores al acompañamiento, “y se proporcionaron, en caso necesario, mascarillas a los acompañantes”.

Finalmente, en cuanto al reproche de que hasta agosto de 2020 no se dispuso en el Área Sanitaria III de “profesional de Medicina Preventiva, siendo el Servicio de Prevención quien debería revisar los protocolos con el fin de proteger a los trabajadores cuando sea solicitado por alguna Dirección del centro”, debemos remitirnos a lo informado al respecto por el Técnico de Prevención de Riesgos Laborales, con el visto bueno de la Directora de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria III, que señala que los protocolos de aislamientos corresponden a Medicina Preventiva y que, si bien en agosto de 2020 se incorporó un médico de Medicina Preventiva en el Área III, anteriormente los protocolos de aislamiento debían estar avalados por la Dirección del hospital, constando que el Hospital “X” disponía de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

Así las cosas, y tal y como se desprende de los informes incorporados al expediente, que no han sido desvirtuados por la reclamante a pesar de tomar conocimiento de los mismos en el trámite de audiencia, no consta acreditado que el contagio de SARS-CoV-2 (COVID-19) por ella sufrido en el hospital donde presta sus servicios guarde relación directa con los reproches denunciados, y estos tampoco quedan probados, por lo que las consecuencias del contagio no pueden atribuirse a un funcionamiento anormal del servicio público; presupuesto que en este caso, al tratarse de daños padecidos por una empleada pública con ocasión de su relación de servicios, resulta indispensable para anudar causalmente los daños sufridos a la actuación de la Administración sanitaria.

En definitiva, como viene reiterando el Consejo de Estado (por todos, Dictamen Núm. 1129/2021), los perjuicios asociados a esta crisis sanitaria no pueden imputarse a actos u omisiones de la Administración sino que “traen causa de la situación de epidemia (...), a cuya causación resultó completamente ajena la Administración y cuya gravedad e intensidad superó las peores previsiones imaginables”, calificándose de “acontecimiento insólito,

inevitable e incontrolable a la vista del estado de la ciencia en el momento de generarse”.

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.