

En Logroño, a 18 de marzo de 2003, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hielmo, siendo ponente D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN
21/03

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja a instancia del Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja sobre el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial interpuesto por D.O.G.C. por supuesto contagio de Hepatitis C, como consecuencia de una intervención quirúrgica practicada en 1990 en el Hospital San Millán.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha de 31 de agosto de 2001, tuvo entrada en el Registro de Atención al Paciente del Complejo Hospitalario “San Millán – San Pedro” una hoja de exposición del paciente que entraña una reclamación de daños y perjuicios en nombre propio y firmada por el Sr.G.C., como consecuencia del contagio del virus de Hepatitis C a raíz de una intervención quirúrgica de próstata practicada en 1990, solicitando la investigación de este normal funcionamiento del servicio prestado y la indemnización que le pueda corresponder por los daños y perjuicios causados.

A esta solicitud inicial se le une la petición de la transfusión sanguínea necesaria para proceder a la intervención quirúrgica de próstata. La petición de esta transfusión data de 14 de septiembre de 1989.

Segundo

El 17 de febrero de 1994, existe parte de ingreso en el Complejo Hospitalario “San Millán-San Pedro” para la realización de una biopsia hepática por posible existencia de virus de Hepatitis C.

Tercero

El 8 de octubre de 2001, el Servicio de Atención al Paciente dirige oficio al Jefe de la Sección de Digestivo para que informe en relación con el posible contagio de enfermedad con una transfusión de sangre que se practicó en el Complejo Hospitalario referido.

El Jefe de la Sección de Digestivo informa con fecha de 10 de octubre de 2001, en los siguientes términos: “Este enfermo está siendo visto en la Consulta de Digestivo por el Dr.R. desde 1993 (inicialmente lo veía el Dr. S.). En esta consulta no se tienen Historias clínicas (contra mi opinión repetidamente manifestada). En la primera visita, de 1993 consta que el enfermo había sido transfundido 3 años antes. El virus VHC fue descubierto a finales de 1989 y en nuestro Hospital se incorporaron las técnicas de detección en los donantes a mediados de 1990, siendo los primeros centros en aplicarlas de rutina. Desde entonces han sido muy raros los casos de Hepatitis postransfusional, y casi siempre por hemoderivados. En el caso que nos ocupa, debe de investigarse: si el enfermo fue transfundido antes o después de los screenings de VHC a donantes; si el donante de su sangre era seropositivo para VHC; y si el enfermo era hepatópata previamente a las transfusiones (...).”.

Cuarto

El día 23 de octubre de 2001, la Unidad de Atención al Paciente dirige comunicación al paciente, insistiendo en la necesidad de aportar a su reclamación los datos que justifiquen que padece la enfermedad por Virus de Hepatitis C.

El Sr.G.C. da cumplimiento a dicho requerimiento aportando un informe, de fecha de 21 de noviembre de 2001, del Laboratorio de Microbiología del Hospital San Millán expresivo, en relación con el VHC, de que ha resultado positivo.

Obra, así mismo, el informe del Dr. G.M. en el que se constata que la primera detección del virus data de 25 de agosto de 1993 y se confirma el 15 de septiembre del mismo año.

Quinto

De los escasos datos del historial clínico del paciente, son reveladores a los efectos del expediente de responsabilidad patrimonial instado, los siguientes:

- Por el Jefe del Servicio de Hematología-Hemoterapia, se le recomienda que, a las ocho semanas de haberle practicado una transfusión sanguínea, con fecha de 14 de septiembre de 1989, se pase por el Servicio para realizar la correspondiente analítica posterior (HDS, GOT y GPT).
- El 27 de septiembre de 1989 se le da de alta, tras la practica el 8 de septiembre del mismo año, de una uretro-cistoscopia y, el 14 de septiembre, una prostatectomía transvesical.

Sexto

La Inspección Médica emite su informe, llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

“1ª.- A D. O.G.C., el día 14 de septiembre de 1989, le fueron transfundidas tres unidades de sangre durante una intervención de prostatectomía radical, que se realizó en el Servicio e Urología del Hospital de San Millán.

2ª.- Que a dichas unidades de sangre se les practicaron las pruebas obligatorias según la legislación vigente de entonces, correspondientes al Hbs Ag, antiHbc, LT, VDRL y VIH resultando todas negativas.

3ª.- Que en el banco de sangre del Hospital San Millán se realiza la determinación de la prueba de Hepatitis C (HCV) desde enero/1990, aunque su realización no fue obligatoria hasta octubre/1990.

4ª.- Que, de los donantes de sangre que participaron en la transfusión de D. O.G.C., dos de ellos han donado en varias ocasiones y han tenido determinaciones negativas para la prueba de Hepatitis C y que el otro donó con fecha de 16/12/89 y no se utilizo su sangre, aunque los marcadores de Hepatitis B,

VIH y VDRL fueron negativos, ya que la determinación del ALT fue de 112. Que, posteriormente, este paciente donó el 12/12/96, con resultado positivo respecto al HVC.

5ª.- Que, según informe del Jefe de Sección del Servicio de Digestivo de fecha 10/10/01, D. O. García se sigue revisando en la consulta, está asintomático y en la analítica tiene discretas elevaciones de GOR y GPT y en la ficha del Dr.R. nunca consta que tenga molestias y sí refiere que “se encuentra bien”, “viene sin cita porque quiere hacerse análisis”, y, en el último control (29/01/01), “le ruge el pecho”, es decir, nunca consta que se queje de patología hepática, por lo que presumiblemente tiene un buen pronóstico funcional y vital”.

Séptimo

El 23 de enero de 2002, se emite un informe por el Servicio de Atención al Paciente dirigido al Director Gerente del Complejo Hospitalario “San Millán-San Pedro”, en el que se constata que el paciente ha aportado dos analíticas, una de 15 de septiembre de 1993 y otra de noviembre de 2001, en la que se confirma que es positivo al Virus de Hepatitis C. También se constata que en el citado complejo hospitalario las técnicas de detección de virus de Hepatitis C, se incorporaron a mediados de 1990, y el paciente fue transfundido en septiembre de 1989.

Octavo

El 26 de abril de 2002, por parte del Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Servicio Riojano de Salud, se evacúa un informe sobre las transfusiones practicadas al Sr.G.C., expresivo de las pruebas analíticas realizadas a dichas unidades de sangre, conforme a la ley vigente en 1989, fecha en la que aquéllas se practicaron.

Noveno

El 8 de mayo de 2002 se le oficia al interesado, el Sr.G.C., la puesta de manifiesto del expediente y la concesión de un plazo de quince días para alegaciones y proposición de pruebas. Tras dos intentos de notificación infructuosas, presenta un escrito, con registro de 6 de agosto de 2002, en el que justifica su ausencia de su residencia habitual.

El 16 de septiembre de 2002, el reclamante comparece en la Gerencia del Servicio Riojano de Salud, haciéndosele entrega de una copia del expediente y reiterándosele la concesión de un plazo de diez días hábiles para la presentación de alegaciones.

Décimo

El 20 de septiembre de 2002, el Sr.G.C., en su propio nombre y derecho, formula sus alegaciones en el expediente, solicitando en concepto indemnizatorio la cantidad de 60.101,21 euros, proponiendo incluso la terminación convencional del expediente si el Servicio Riojano de Salud estuviera dispuesto a adoptar un acuerdo indemnizatorio por la referida cuantía resarcitoria.

Undécimo

El 18 de septiembre de 2002, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en La Rioja certifica que el Sr.G.C., por su situación de jubilación por incapacidad permanente total, percibe una pensión mensual de 385,50 euros.

Duodécimo

El 7 de octubre de 2002, el reclamante comunica al Servicio Riojano de Salud, un nuevo domicilio a efectos de notificaciones de todos los actos procedentes del expediente de responsabilidad patrimonial, incluida su resolución.

Décimo tercero

El 17 de febrero de 2003, la Gerente del Servicio Riojano de Salud, eleva a la autoridad competente para resolver, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, la propuesta de resolución del referido expediente, en sentido desestimatorio de las pretensiones instadas de contrario.

Décimo cuarto

El mismo día 17 de febrero de 2003, se eleva el expediente, junto con la propuesta de resolución, a la Dirección de los Servicios Jurídicos, para la emisión de informe, todo ello por conducto del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sociales.

El informe de los Servicios Jurídicos es emitido el 21 de febrero de 2003, en sentido favorable a la propuesta de resolución desestimatoria de la petición formalizada por el Sr.G.C..

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 25 de febrero de 2003, registrado de entrada en este Consejo el 27 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2003, registrado de salida el día 28, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo, procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.

1.- Necesidad.

Son varios los preceptos en los que se afirma la preceptividad de la emisión de informe de Órganos Consultivos en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a saber:

- El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, establece que: **“El Consejo Consultivo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: g) Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública”.**

- El artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial dispone que: **“concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A este efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento”.**

- El artículo 12.2.G) del Reglamento del Consejo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, también califica el dictamen de preceptivo (entre otras) para las siguientes materias: **“En concreto, y según lo dispuesto en los artículos 2 y 11 de la Ley reguladora, el Consejo Consultivo emitirá dictamen, preceptivamente, en los siguientes casos: Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública”.**

2.- Ámbito.

Siguiendo el art 12.2 del R.D. 429/1993, de 26 de marzo, este Consejo Consultivo ha de pronunciarse sobre: la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida; y en su caso, es decir, de concurrir el nexo de causalidad, se ha de examinar, la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En su caso, y así se ha realizado en otros Dictámenes anteriores, se ha de proceder al estudio de los posibles efectos del paso del tiempo, esto es, al análisis del plazo de prescripción de un año que para esta acción ha querido el legislador “ex” artículo 142.5º LRJ-PAC, en el mismo sentido que para la acción por responsabilidad extracontractual o aquiliana ya recoge el artículo 1968.2º *in fine* del Código Civil.

Segundo

Sobre la competencia de la Administración autonómica para asumir la resolución del expediente administrativo y las eventuales obligaciones económicas derivadas del mismo.

Ya hemos tenido ocasión, en nuestros anteriores Dictámenes 28, 29 y 30/02 y 15/03 de pronunciarnos acerca de estos extremos, ante la cuestión de naturaleza intertemporal que plantean todos aquéllos expedientes iniciados y tramitados por el INSALUD, como organismo estatal, y remitidos a la Administración autonómica para su resolución y, en su caso, asunción de las eventuales obligaciones económicas derivadas de los mismos, cuestión que surge a raíz del traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en virtud del Real Decreto 1.473/2001, de 27 de diciembre, que aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias en esa materia, traspaso cuyos efectos se producen el 11 de enero del 2002.

Nos remitimos, por tanto, a lo expuesto en nuestros citados dictámenes, en los que concluíamos que la Administración de la Comunidad Autónoma era competente para resolver los expedientes tramitados por el INSALUD y asumía la responsabilidad de una eventual indemnización por daños causados por la asistencia sanitaria anterior al traspaso de funciones y servicios.

Recordemos también la conclusión tercera de nuestro Dictamen 28/02, en la que hacíamos la advertencia de que, si la Administración autonómica tuviera que satisfacer alguna indemnización, podría existir un supuesto de responsabilidad de la Administración sanitaria estatal cedente del servicio ante una inactividad manifiesta durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial con incumplimiento de los plazos legal y reglamentariamente establecidos.

Determinada la procedencia de que tales expedientes pendientes de resolución sean asumidos por la Comunidad Autónoma de La Rioja, se ha de determinar a qué órgano autonómico le corresponde tal competencia, en definitiva, si ha de resolver el Consejero de Salud y Servicios Sociales o la Entidad Gestora que se crea, el Servicio Riojano de Salud.

Atendiendo al artículo 142.2º LRJ-PAC, para que las Entidades de Derecho Público definidas en el artículo 2.2º LRJ-PAC resuelvan los expedientes de responsabilidad patrimonial, es preciso que su norma de creación así lo determine. No existe previsión expresa en la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, por la que se crea el Servicio Riojano de Salud (Título VII, artículos 72 y siguientes) como organismo autónomo de carácter administrativo dotado de personalidad jurídica propia y adscrito a la Consejería competente en materia de salud del Gobierno de La Rioja, por lo que ha de ser dicha Consejería la que resuelva estos expedientes de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria.

Por consiguiente, en este supuesto, como en otros semejantes en los que ya ha informado este Consejo Consultivo, vgr. Dictámenes nº 29 y 30/2002 y nº 15/2003, la resolución administrativa finalizadora de este procedimiento ha de ser adoptada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja.

A mayor abundamiento, en relación con la competencia del Consejero para resolver estos expedientes, hemos de traer a colación lo dispuesto en el Decreto 58/2002, de 15 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud, cuyo artículo 7 sólo ha conferido como atribuciones de la Gerencia, entre otras, en lo tocante a los procedimientos de responsabilidad patrimonial: “**u) La instrucción y propuesta de resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra actos de la Gerencia y centros, servicios e instituciones de ella dependientes**”.

Tercero

Análisis del plazo para el ejercicio de la acción.

Estudiada la competencia de la Consejería para dictar la resolución definitiva de este expediente de exigencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del servicio público sanitario, y antes de proceder al estudio de los presupuestos que han de concurrir para el

viabilidad de la pretensión resarcitoria, hemos de preguntarnos por el plazo para el ejercicio de esta acción, pues en principio resulta llamativo, que la detección del VHC se muestre primero el 25 de agosto de 1993 y confirmado el 15 de septiembre del mismo año, y la petición inicial que pone en marcha el expediente se registrara en el Servicio de Atención Primaria del INSALUD con fecha de 21 de noviembre de 2001.

El artículo 142.5º LRJ-PAC, establece que: “en todo caso el derecho a reclamar prescribe al año de producirse 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 de la determinación del alcance de las secuelas”, lo cual, en principio y según la teoría de la “actio nata”, deja pendiente el día inicial del cómputo del año al de la determinación del alcance de las secuelas producidas por el hecho imputable a una actuación administrativa.

En este sentido, ha de recordarse, con las Sentencias del TS de 22-3-1985 (RJ 1985\1197) y 30-11-1990 (RJ 1990\9360), que “la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo”, estableciendo la segunda de dichas sentencias, por lo que a la determinación del “dies a quo” del plazo de prescripción se refiere, que “con carácter general, no siempre ese día inicial puede identificarse con aquel en que sucedieron los hechos de que la indemnización deriva, porque la naturaleza de los mismos puede presentarse con una inconcreción en la determinación del momento real en que la irreversibilidad del daño se produce” (STS de 6-2-1987 [RJ 1987\2749]), por lo que, en principio, el plazo no puede empezar a correr hasta que se estabilicen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, que es cuando, para la Sentencia de 28-4-1987 (RJ 1987\2534), hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance, lo que, aplicado a un caso de lesiones, según la de 13-6-1988 (RJ 1988\5330), en tanto se determine la entidad y naturaleza del daño y sus efectos patrimoniales, aunque sea de forma aproximada, no se está en condiciones de pretender la indemnización condicionada a la prueba de las lesiones sufridas y sus secuelas probables o ya acreditadas, siendo en este aspecto muy elocuente la Sentencia de 8-7-1983, situando el día inicial en el de la **dación del alta médica** oportuna, porque hasta entonces no se podía conocer la trascendencia de la valoración del derecho subjetivo propio por la realización de la conducta de tercero, o, dicho con la de 22-3-1985, que sólo entonces se estará en condiciones de valorar sus consecuencias y el importe indemnizatorio pertinente.

Pues bien, aplicando tal doctrina al caso que se informa y según la documentación aportada en el expediente por los servicios de la Inspección Médica del INSALUD, hemos de extraer las siguientes consideraciones:

- El 14 de septiembre de 1989, se le transfundieron al Sr.G.C. tres unidades de sangre.
- En 1993, se practican dos analíticas, una de ellas con el uso de la técnica “Elisa” y la otra con “Inmund Blot” resultando ambas positivas en lo referente al VHC.
- En 1994, volvió de nuevo a los servicios médicos del complejo hospitalario referido en el que se practicó una nueva analítica, en la que se advierte cierta mejoría del paciente, si bien confirma la existencia del VHC.
- El Sr.G.C. ha seguido con revisiones periódicas durante los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999; la última lo ha sido el 29 de enero de 2001.
- El 18 de septiembre de 2002, se expide certificado del Director Provincial del INSS en La Rioja acreditativa de la situación de jubilación por incapacidad permanente.

En definitiva, la contracción del citado virus a raíz de las transfusiones sanguíneas, se muestra como un **daño continuado**, lo que, en principio, en el caso que se informa, como en otros de análogas características, implica un problema para la determinación del día inicial para el cómputo del instituto de la prescripción. Acudiendo a la doctrina jurisprudencial existente, la calificación de los efectos lesivos, no ha de dudarse que se trata de continuada, y así lo expresó el Tribunal Supremo.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2000, en recurso de casación para unificación de doctrina, aborda como debe computarse el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública cuando el daño antijurídico determinante de la misma es un daño continuado. Indica que la Sala viene diciendo -en supuestos distintos, no necesariamente referidos a un contagio por hepatitis C- que no cabe atender sin más al hecho motivador como punto inicial del plazo, sino que este empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos y, en este sentido, invoca diversas Sentencias: la de 8 de julio de 1983, que mantiene que la fijación del **dies a quo** ha de atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido; la de 9 de abril de 1995, que consideró que la actuación causante del daño era de carácter continuado e interrumpido y había durado hasta el momento del planteamiento del pleito, por lo que en realidad no había transcurrido plazo alguno desde la producción hasta la reclamación; la de 28 de abril de 1987, referida a supuesto de expropiación, y que mantiene que el plazo comienza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos; la de 1 de junio de 1988, que precisa que no cabe confundir el hecho causa con sus simples consecuencias, por ser éstas el objeto de la indemnización a que aquel da origen; la de 14 de febrero de 1994, a cuyo tenor: ***"esta Sala tiene declarado que el momento del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo ha de referirse siempre cuando las lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, al día en que producida la sanidad, se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido... ya que el cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado"***; la de 26 de mayo de 1994, según la cual: ***"... al inicio del cómputo ha de fijarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, e indicando la de 17 de junio de 1989 que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, días a***

quo, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse sobre la base de ellas”.

Prosigue la Sentencia, con profusa cita de anteriores resoluciones, que, en la Sentencia de 5 de octubre de 2000, relativa a un caso de hepatitis C por transfusión de sangre contaminada, se llama la atención sobre la de 31 de mayo de 1999, para considerar que no aparece contradicción entre ambas, y que el día inicial en caso de daño continuado es aquel en que puede considerarse que las secuelas se han estabilizado, o desde que se conocen de modo definitivo los efectos del daño causado.

Partiendo de tan abundante jurisprudencia, la Sentencia confirma la doctrina aplicada en la sentencia de contraste, que considera correcta, por lo que en el caso que resuelve, referido también a contagio de hepatitis reactiva por virus C, mantiene que: “**dado que el tratamiento continuaba en el momento de interponer la reclamación, es claro que las secuelas no habían desaparecido, si bien puede entenderse que en ese momento la situación se había estabilizado, por lo que hay que entender que la reclamación se interpuso en plazo**”.

La aplicación de tan clara doctrina, conduce a no apreciar la prescripción, siguiendo de este modo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y en definitiva, el criterio acogido en sus últimas Sentencias, como las de 5 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8621), la de 19 de octubre de 2000 y 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9116), según las cuales y en resumen, el día «a quo» del plazo de un año para el ejercicio de una acción de responsabilidad es aquel en que se conozcan de forma definitiva los efectos del quebranto, por lo que, al tratarse de una enfermedad crónica -en los supuestos contemplados por las sentencia invocadas como contradictorias era la hepatitis C-, sus secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, por lo que existe un daño continuado y, por tanto, el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas.

Todo esta corriente doctrinal queda consolidada en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002.

Acogiendo la interpretación restrictiva que sobre el instituto de la prescripción ha trazado reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y otra menor de los Tribunales Superiores de Justicia, y en aras a trazar un ponderado equilibrio entre la seguridad jurídica y el ejercicio de los derechos subjetivos e intereses legítimos por los interesados, hemos de afirmar que formulada la reclamación en agosto de 2001, el Sr.G.C., ha entablado su acción dentro del plazo del año concedido por el artículo 142.5 LRJ-PAC.

Cuarto

Inexistencia de responsabilidad patrimonial: la ausencia de antijuridicidad de la actuación.
El deber jurídico de soportar el daño.

Si bien es cierto que el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas reconocido constitucionalmente en el artículo 106.2º CE y desarrollado con el carácter de básico por el Título X de la LRJ-PAC, en sus artículos 139 a 146, gira sobre los atributos de objetividad y de acción directa, no lo es menos, que la lesión ha de provenir de un título que el damnificado no tenga la obligación de soportar.

En este sentido hemos de traer a colación lo dispuesto en el artículo 141 LRJ-PAC, precepto éste que fue afectado por la reforma que sobre el texto legal operó la Ley 4/1999, de 13 de enero. En esencia, en lo que a la presente consulta afecta, la realidad social ha hecho aconsejable que ya “de lege data”, exista una previsión legal expresa de ciertos estados de la ciencia o de la técnica que, en conexión con la fuerza mayor, exoneran a la Administración de la obligación de indemnizar, pese a que se muestre con evidencia la existencia de un daño. El apartado 1º del precepto, tras la nueva redacción otorgada por el Legislador en 1999, no puede ser más expresivo:

“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 conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

La Constitución y la Ley eximen de la obligación de indemnizar ante la concurrencia de eventos propios de la “fuerza mayor que, en particular, ahora el legislador ha matizado con los que se ha denominado “el estado de la ciencia o de la técnica”, al amparo de la nueva redacción del artículo 141.1º LRJ-PAC.

Si bien hemos de observar que la fuerza mayor se ha venido concibiendo como aquellos hechos imprevisibles e inevitables o como aquellos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado; la nueva redacción dada al artículo 141.1º LRJ-PAC introduce como novedad la de destacar de forma expresa el carácter no indemnizable de aquellos daños que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción, lo cual implicaría una modulación del concepto de fuerza mayor dada, en definitiva, la inevitabilidad del daño.

Sin embargo, aun siendo cierto que la nota de exterioridad propia de la fuerza mayor, no se da en estos supuestos, pues el desconocimiento de la causa que produce el daño es de tal intensidad que desnaturaliza el propio requisito de la exterioridad; muestra como común denominador, la producción de un daño que queda fuera del conocimiento y de la razón humana, por ser inimaginable, por lo menos, hasta que se produce por primera vez, por lo que la doctrina científica, ha venido a afirmar que “el estado de la ciencia o de la técnica”, no es sino un supuesto de fuerza mayor.

En el presente supuesto, realizadas las transfusiones sanguíneas en septiembre de 1989, hemos de considerar que el daño producido al Sr. G.S. no resulta antijurídico, ya que ha quedado acreditado en los informes evacuados por la Inspección Médica que las tres unidades de sangre transfundidas se realizaron en dicha fecha, septiembre de 1989; sin embargo no fue hasta mayo de 1988 cuando Michael H., Qui L. y George K., notificaron la clonación del virus de la Hepatitis C, si bien no se publicó la patente en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta el 1 de junio de 1989, siendo en este año, en fecha no mejor especificada, cuando se empezó a determinar los anti-VHC mediante prueba de inmuno absorbencia enzimática, pero hasta octubre de 1989 no se publicaron en la revista Science los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus.

Sirva como clarificadora de tal tesis, la argumentación contenida en el Fundamento Jurídico Segundo de la reciente Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002 (RJ 2002/8733), que literalmente expresa cuanto sigue:

“Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo viene reiteradamente proclamando como doctrina legal aplicable a la problemática suscitada y decidida en el proceso del que trae causa el presente recurso -entre otras, en Sentencias de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2001/550), 25 de octubre de 2001 (RJ 2001/9206), 26 de febrero de 2002 (RJ 2002/1718) -, que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica conocer al momento de la transfusión detectar hasta el inicio del año mil novecientos noventa, si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquella y ésta se realizaran para atender al restablecimiento de la salud del enfermo, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo, al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial -sentencias de esta Sala de 22 de abril (RJ 1994, 2722) y 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6764); 1 de julio (RJ 1995, 6013) y 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8281); 18 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7941); 13 de junio de 1998 (RJ 1998, 6435); 24 de julio de 1999 (RJ 1999, 7482), y 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8616)- para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al

disponer 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», pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998 (RJ 1998/1444)”.

En conclusión, la contracción del virus de la Hepatitis C en tiempo anterior a la disposición comercial de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus, constituye un daño que no puede calificarse de antijurídico; por lo que, aún en el caso de que la lesión patrimonial sufrida por el Sr.G.C. dimanase de un riesgo transfusional, dicha lesión ha de ser por él mismo soportada, sin que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Quinto

Algunas consideraciones formales sobre la tramitación del procedimiento administrativo

Dispone el artículo 47 LRJ-PAC que: “Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados de los mismos”.

El tenor del precepto legal no puede ser más explícito a la hora de afirmar la preceptividad de los plazos y términos que legal o reglamentariamente se establezcan para la tramitación de los procedimientos, tanto para los interesados como para la Administración.

En particular y tratándose de un procedimiento especial cuya tramitación ha quedado regulada en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los

procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, a ésta disposición reglamentaria hemos de estar en lo tocante, no sólo a los trámites rituarios de su incoación, instrucción y terminación, sino también en lo relativo a los plazos.

Pues bien, con una sola lectura del expediente remitido, resulta llamativo que, una solicitud iniciada en 2001 la propuesta de resolución se dilate hasta el año 2003, sin que medie en el expediente ningún acto de trámite que permita entender la ampliación de plazos, o la suspensión de los mismos “ex” artículos 49 y 42.5º LRJ-PAC, respectivamente.

No podemos olvidar que, como garantía a favor del interesado, podría haber operado la institución del silencio, en este caso, negativo, y quedar expedita la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa para fiscalizar el acto presunto denegatorio de sus pretensiones resarcitorias, pues así se infiere de lo dispuesto en el artículo 13 Real Decreto 429/1993, cuyo párrafo 3º literalmente expresa que: “**Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, de conformidad con el artículo 9 de este Reglamento sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular**”. Ello no obstante, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla a los interesados por imperativo legal, pues así lo preceptúa el artículo 42.1 LRJ-PAC.

La tardanza en la resolución expresa del expediente es a todas las luces dilatada e injustificable, como se deduce de la relación fáctica de los hechos, (reiteramos que se inició la tramitación del expediente en 2001, y la propuesta de resolución entra en el año 2003); lo que, necesariamente y en aras al principio “pro actione”, ha de provocar un pronunciamiento de este Consejo Consultivo denunciando tal situación, incurriendo además la Administración Sanitaria y, en esencia, los servicios del extinto INSALUD, en responsabilidad por su pasividad en la instrucción del expediente. De esta forma lo dispone el artículo 42.7LRJ-PAC: “**El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente**”.

CONCLUSIONES

Primera

La contracción del virus de la Hepatitis C en tiempo anterior a la disposición comercial de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus constituye un daño que no puede calificarse de antijurídico; por lo que, aún en el caso de que la lesión

patrimonial sufrida por el Sr.G.C. dimanar de un riesgo transfusional, dicha lesión ha de ser por él mismo soportada, sin que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Segunda

Resulta reprochable la tardanza en la tramitación y resolución del expediente, lo que posibilita un pronunciamiento sobre la posible responsabilidad por demora en que queda incurso la Administración del desaparecido INSALUD, organismo adscrito al Ministerio de Sanidad.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.