

En Logroño, a 17 de abril de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortíz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

25/07

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud de relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a E. R. M., como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 11 de marzo de 2005, tiene su entrada en la Consejería de Salud, un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública presentado por D^a E. R. M. en el Registro General del Gobierno de La Rioja el 7 del mismo mes, en reclamación de la cantidad de ciento ochenta mil euros como consecuencia de los daños y perjuicios que se dicen causados por la defectuosa asistencia prestada por los Servicios Médicos del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* y en la que se manifiesta lo siguiente:

Que la compareciente, que en la actualidad cuenta con 69 años de edad, es portadora crónica del virus de la hepatitis C, enfermedad que le fue diagnosticada por los servicios médicos del INSDALUD, sin que la exponente tuviese constancia de la fecha del diagnóstico. Concretamente fue atendida en el servicio de Reumatología por el Dr. B. U., quien en fecha 30 de marzo de 1.998 en su informe consignó como antecedentes clínicos:....Hepatitis C, obesidad y cirrosis. Con posterioridad y con motivo de una exploración abdominal, al realizarse una ecografía de dicha zona, se emitió, en fecha 28 de julio de 1998, un informe según el cual el hígado muestra un difuso incremento en la ecogeneidad en relación a hepatopatía de base ya conocida.

A la vista del diagnóstico, se comienza a indagar sobre las causas de la existencia de ese virus en el organismo de la exponente, remontándose al año 1.983, en el que, como consecuencia de una abundante metrorragia e ingresar en el Hospital San Millán el día 10 de febrero, el día 25 del mismo mes se le practicó una histerectomía total más una anexectomía bilateral, requiriendo la intervención una transfusión sanguínea.

Posteriormente, en fecha 3 de abril de 1.996, volvió a ingresar en el Servicio de Digestivo del Hospital San Millán constatándose, tras la correspondiente analítica, la existencia de una

hipetransaminasemia pendiente de estudio. Se añade por la reclamante que los diversos informes médicos a que se ha hecho referencia nunca le fueron entregados, por lo que desconocía tanto la existencia de la enfermedad como el desarrollo de la misma, que actualmente es crónica, irreversible y degenerativa, habiendo sido contagiada como consecuencia de la transfusión que se le realizó en el año 1.983.

Por tal motivo, el 26 de marzo de 1.999, la dicente efectuó ante el INSALUD reclamación de responsabilidad patrimonial, incoándose el oportuno expediente, del que se derivan las siguientes circunstancias:

El 4 de junio de 1999, el Servicio de Hematología-hemoterapia del Hospital San Millán emite informe, en el que se manifiesta: a) que a la dicente se le practicó transfusión sanguínea de una única unidad de sangre, según obraba en el banco de sangre del Hospital; b) que, en relación a las pruebas realizadas por el despistaje, se realizaron las preceptivas en aquella época, resultando las mismas negativas; c) que el donante de cuya sangre se benefició la dicente, realizó, posteriormente, otras diez donaciones, sin que su sangre, sometida a las pruebas preceptivas de la época, presentase anomalía alguna.

La Inspección Sanitaria, en fecha 28 de junio de 1999, emitió informe en el que, entre otras cuestiones, destaca cómo en el momento de efectuársele la donación, se practicaron las pruebas preceptivas de la época, entre las que no se encontraban las del virus VHC, pues no se conocía; que su donante efectuó otras 10 donaciones posteriores, dando los análisis de su sangre, negativo al VHC, VIH, Sífilis, etc.

La reclamación fue desestimada.

El 9 de abril de 2002, la dicente presenta ante la Dirección General de Salud un escrito solicitando información acerca del procedimiento a seguir para saber si su hepatitis C es transfusional.

*Ello era debido al hecho de que el hijo de la dicente había conseguido acceder a la hoja de anestesia de la intervención de su madre, de fecha 25 de abril de 1983 y en la misma constaba que a la paciente se le habían transfundido **dos unidades** (800 cc), pertenecientes a diferentes donantes y **no una**.*

*Según consta en la hoja de evolución de la dicente, de fecha 26 de abril de 1983, consta cómo a la paciente se le habían transfundido **dos unidades y no una**.*

Con fecha 23 de febrero de 1983, tal y como consta en la historia de la paciente, a la misma se le había practicado una analítica de control preoperatorio, con resultados absolutamente normales.

Ante esta nueva aportación de datos, la Inspección sanitaria remite escrito al Jefe del Servicio de Hematología, para que remita informe acerca del número de unidades de sangre que fueron transfundidas a la dicente.

El Jefe de Servicio reconoce que, efectivamente, las unidades transfundidas fueron dos. Resulta que a la segunda unidad también le fueron practicadas las pruebas preceptivas de entonces, con resultados negativos, pero, respecto del donante de dicha unidad, no se pudo realizar determinación alguna de anti HCV, por no constar donaciones con posterioridad a 1990.

Por lo expuesto, se considera que, como consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometida la dicente, en fecha 25 de febrero de 1983, en el Hospital San Millán de Logroño, precisó

de dos transfusiones, de donantes diferentes.

Es a raíz de dichas transfusiones, habida cuenta que la dicente con anterioridad era una persona sana y no portadora, cuando, años después, se le diagnostica la existencia de hepatitis C.

Es parecer de esta parte que, a consecuencia de la prestación de un servicio en un Centro sanitario, a la dicente se le ha causado un daño consistente en la transmisión del virus de la hepatitis C, enfermedad que es irreversible, grave y que provoca a la dicente, fiebre, dolores musculares, cefaleas, astenia y cansancio generalizado.

La dicente no tiene la obligación de soportar dicho daño, existiendo una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva de causa efecto, entre la prestación del servicio sanitario y el daño causado a la dicente, razón por la cual se estima que la misma debe ser adecuadamente indemnizada en la cuantía de 120.000€, toda vez que se trata, como se ha dicho, de una enfermedad grave, irreversible y degenerativa.

A la citada reclamación se aporta una prolija relación de documentos, que constan en el expediente a los folios 15 al 449 ambos inclusive. Entre dicha documentación, existen documentos que, efectivamente, guardan relación con la reclamación presentada por la solicitante, pero también existe una parte importante de documentos que se refieren a unos problemas relativos a un hijo de la reclamante, como consecuencia de la atención que recibió en el Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* al haber sufrido una fractura de calcáneo y que no debieran formar parte del presente expediente.

Segundo

El de marzo de 2005, por la Sección de Recursos del Servicio de Asesoramiento y Normativa, se emite informe que propone la inadmisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por D^a E. R. M. por considerar que, habiendo sido desestimada por silencio administrativo su inicial reclamación de fecha 26 de marzo de 1.999, ya se encuentra agotada la vía administrativa.

Tercero

El 21 de marzo de 2005, se dicta Resolución por la que se inadmite a trámite la reclamación interpuesta, que es notificada a la interesada el 31 de marzo, interponiendo contra la misma Recurso de reposición el 29 de abril de 2005, que es desestimado por Resolución del Consejero de fecha 20 de mayo de 2005, notificada a la recurrente el 22 del mismo mes.

Cuarto

Contra las anteriores Resoluciones, la Sra. R. M.. interpuso recurso contencioso administrativo, que se siguió ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja con el nº 424/05, dictándose Sentencia en fecha 30 de

enero de 2007 que, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulaba el acto recurrido y acuerda la retroacción de actuaciones para que la Administración se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de fecha 8 de marzo de 2007, registrado de entrada en este Consejo el 12 de marzo de 2007, el Excmo. Sr. Consejero de Salud 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 12 de marzo de 2007, registrado de salida el 12 de marzo de 2007, 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 al Consejero señalado 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 del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

Por tanto, es a la legislación vigente en el momento procedimental inmediatamente posterior a la conclusión al trámite de audiencia a la que hay que atender para determinar la preceptividad del dictamen del Alto Órgano Consultivo correspondiente, aunque fuera otra normativa la vigente en fases anteriores del procedimiento.

Pues bien, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los arts. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, y 12,2, G del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba nuestro Reglamento orgánico y funcional, determinaban la preceptividad de nuestro dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración cualquiera que fuera la cuantía de las mismas. Esta normativa ha sido modificada por la D.A. 20 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que ha redactado de nuevo el precitado art. 11 g) de nuestra Ley reguladora, limitando la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superior a 600 y derogando tácitamente el expresado art. 12.2.G de nuestro Reglamento. Esta limitación entró en vigor, junto con el resto de sus preceptos, el 7 de septiembre de 2005, al no contener la Ley 4/2005 ninguna determinación especial al respecto, ya que su D.T. Única sólo la establece para los procedimientos sancionador y de elaboración de disposiciones generales, preceptuando que los iniciados antes de su entrada en vigor continuarán rigiéndose por la legislación anterior.

Por consiguiente, este Consejo Consultivo entiende que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración en cuyo procedimiento haya concluido el trámite de audiencia con fecha posterior a 7 de septiembre de 2005 y nos sean remitidas para su dictamen, sólo serán de dictamen preceptivo, cualquiera que fuere su fecha de iniciación, si su cuantía es indeterminada o superior a 600 , considerándose las demás de dictamen facultativo.

Aplicando esta doctrina general al presente caso, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos,

entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo no constituye una suerte de "seguro a todo riesgo" para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Pese a que el sistema de responsabilidad patrimonial es general, no puede pasarse por alto que en materia de responsabilidad sanitaria, presenta ciertas peculiaridades, pues el servicio sanitario es uno de los más estrechamente vinculados a la producción de riesgos y daños, pues, por una parte, la Medicina no es una ciencia exacta, y presenta ciertas limitaciones, al tiempo que la extensión del servicio sanitario público, hace que sus prestaciones estén en íntima conexión con los recursos asignados por los poderes públicos.

De ello se desprende que, tradicionalmente, se venga considerando que la obligación prestacional sanitaria sea una obligación de medios y no de resultado, es decir, no existe una obligación absoluta de curar a cualquier enfermo, sino que la obligación consiste en atender al enfermo de manera acorde con los conocimientos y técnicas adecuados al caso, y además, de conformidad con el estado actual de la ciencia en cada momento, es decir, lo que se llama la *lex artis ad hoc*.

En el caso sometido a nuestra consideración, la propia reclamante manifiesta que las transfusiones de sangre se le realizaron en el año 1.983. Se desprende de la documentación aportada con la reclamación que, en el preoperatorio, se le realizaron análisis de sangre que no arrojaron ninguna anomalía relacionada con la hepatitis que se padece. Como quiera que del expediente tampoco se deduce que la Sra. R. M. perteneciese a alguno de los denominados *grupos de riesgo*, puede deducirse que con una alta probabilidad que la hepatitis C que sufre la reclamante sea una infección post-transfusional. Con ello quedaría acreditado tanto la existencia de un daño, real y efectivo, como la relación causal entre el funcionamiento del servicio sanitario y el daño causado.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que ello no es suficiente para estimar

la reclamación interpuesta y, a tal fin, hay que señalar que el genoma del virus de la hepatitis C no fue identificado, descubierto y aislado hasta 1.989, siendo el mismo el responsable de más del 90% de las hepatitis hasta entonces denominadas como “no A, no B”, de transmisión por vía parenteral, y que, hasta la Orden del Ministerio de Sanidad de 3 de octubre de 1.990, no se estableció la obligación de practicar pruebas de detección de anticuerpos del virus de la hepatitis C en las donaciones de sangre, no disponiéndose hasta entonces de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus.

Así las cosas, y con independencia de que a la reclamante se le suministraran una o dos bolsas de plasma de distintos donantes, lo cierto es que el suministro del plasma suponía un riesgo para la paciente derivado del estado de los conocimientos médicos en la época en la que se le realizó la transfusión, dado que no existía medio alguno para detectar la infección en la sangre transfundida y se ignoraba el riesgo de transmisión sanguínea del virus, pese a lo cual no podía dejar de realizarse la transfusión como medio necesario para la curación de la hoy reclamante, al ser aquella asistencia una obligación de medios que exigía el tratamiento de acuerdo con la *lex artis* según el estado de la ciencia en ese momento, lo que determina, con independencia de otras consideraciones, que la reclamación interpuesta no puede ser estimada.

Pese a lo anteriormente manifestado, y entrando a analizar la Resolución administrativa que inadmitía a trámite la petición de responsabilidad patrimonial, la misma consideraba que ya se había agotado la vía administrativa con la inicial reclamación presentada en fecha 26 de marzo de 1.999, la cual parece ser que nunca fue objeto de resolución expresa, aunque la propia reclamante indique, en el expositivo quinto de su escrito inicial que la reclamación fue desestimada.

Ahora bien y con independencia del pronunciamiento judicial obtenido por la reclamante, lo cierto es que su inicial reclamación se basa en la creencia de haberle sido transfundida una única bolsa de plasma, perteneciente a un único donante, y ello por haber sido así informada inicialmente, que posteriormente donó en diversas ocasiones, sin que en ninguna de ellas consta la mínima incidencia. Sin embargo, la actual reclamación se interpone como consecuencia de tener conocimiento, que en realidad, a la paciente se le transfundieron dos bolsas con sangre de dos donantes distintos, respecto del segundo de los cuales, no consta nuevas donaciones, sin que se haya practicado prueba alguna para aclarar el motivo de dicha circunstancia.

Ello determina que las bases fácticas de las que parten ambas reclamaciones no son las mismas, y que, por lo tanto, no puede entenderse agotada la vía administrativa, tal y como hace la Resolución, pues la segunda reclamación se basa en una nueva información facilitada a la reclamante, subsanando las deficiencias de la inicialmente facilitada. Dicha información se desprende de la historia clínica de la reclamante, pero consta que era conocida por la misma, pues ésta, en fecha 8 de agosto de 2002, dirige escrito a la Dirección General de Salud, en el que ya comunica conocer dicha circunstancia. Ante tal escrito la Inspección Médica solicita informe al Servicio, siendo facilitada la misma, por el

Jefe del Servicio de Hematología-hemoterapia, mediante escrito de fecha 8 de enero de 2003, que tiene su entrada en el Registro General del Servicio Riojano de Salud el día 13 del mismo mes y año, siéndole remitido a la reclamante en fecha 24 de enero de 2003.

En base a lo anterior, conociendo la reclamante que padecía la enfermedad y conociendo desde, al menos el 8 de agosto de 2002, que se le habían transfundido dos bolsas de plasma, lo que queda constatado con el informe del Jefe de Servicio que les es enviado en fecha 24 de enero de 2003, resulta evidente que, al interponerse la reclamación en fecha 11 de marzo de 2005, había transcurrido en exceso el plazo de un año establecido para la interposición de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, conociendo que se padecía la enfermedad al menos desde 1.998, y no habiéndose practicado prueba alguna tendente a acreditar la existencia de un progresivo deterioro del estado físico de la reclamante, no puede aplicarse, para evitar el transcurso del plazo del año, la teoría de los daños continuados, pues la reclamante tenía, al menos desde enero de 2003, toda la información en su mano para haber interpuesto la reclamación, sin que los escritos presentados a partir de dicha fecha, sirvan para interrumpir el citado plazo de prescripción, pues de los mismos, no se desprende una voluntad de reclamar, más allá de la apertura de expedientes disciplinarios a aquellas personas a las que se considera responsable del contagio o de los defectos de la información facilitada en su momento.

CONCLUSIONES

Primera

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por D^a E. R. M.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero