



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 21 de diciembre de 2005, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. qqqqq, en su nombre y en el de su hija zzzzz, D. ppppp y Dña. vvvvv*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 17 de noviembre de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. qqqqq, en su nombre y en el de su hija zzzzz, D. José ppppp y Dña. vvvvv, representados por Dña. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 22 de noviembre de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.044/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.



Primero.- El 30 de julio de 2004 Dña. yyyyy, en nombre y representación de D. qqqqq y su hija menor zzzzz, D. ppppp y Dña. vvvvv formula una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que manifiesta:

«Primero. Doña xxxxx, esposa y madre de mis patrocinaos, en su calidad de beneficiaria de la Seguridad Social, ingresó con motivo del parto el día 6 de abril de 1990 en el Servicio de Toco-Ginecología del Hospital hhhhh, dependiente entonces del Instituto Nacional de la Salud, donde se la diagnosticó de ‘Sufrimiento fetal agudo y hemorragia post-parto’, practicándosele ‘Cesarea segmentaria transversa e Histerectomía subtotal + anaxectomía izquierda’, efectuándola durante su estancia diversas transfusiones de sangre hasta que fue dada de alta el día 18 del mismo mes y año.

»Casi trece años después, el 2 de abril de 2003, vuelve a ingresar en el mismo Centro Hospitalario con motivo de la pérdida de peso que venía experimentando desde el mes de agosto anterior siendo dada de alta el 15 de abril de 2003, con un informe del Servicio de Digestivo sin diagnóstico, (pérdida de peso a estudio –dice–).

»A partir de aquella fecha, al persistir aquellos episodios de diarrea, pérdida de peso y vómitos se suceden diversas consultas e ingresos en el Servicio de Digestivo a través del Servicio de Urgencias –alguno de los cuales de casi un mes de duración: desde 30 de junio de 2003 hasta 25 de julio de 2003–, donde se la realizan diversas analíticas, aunque ninguna de ellas tendente a detectar la existencia del V.I.H., a pesar de las manifestaciones de enfado de su familia y de los constantes, insistentes y reiterados requerimientos, para que se la realizasen todo tipo de pruebas complementarias que fuesen necesarias para detectar el origen y la causa de su enfermedad.

»El 7 de agosto de 2003, de nuevo vuelve a ingresar en el mismo Servicio de Digestivo, donde permanece hasta el día 26 de agosto en que se la detecta serología positiva de V.I.H. y es remitida al Servicio de Medicina Interna donde, finalmente, fallece el día 23 de septiembre de 2003.

»Segundo. Con motivo de haber sido diagnosticada de infección de V.I.H. Doña xxxxx, se realiza estudio analítico a su esposo Don qqqqq con resultado positivo, según Informe del Hospital hhhhh de fecha 9 de septiembre



de 2003 del servicio de Medicina Interna firmado por la Doctora ggggg, reiterado posteriormente por otros dos informes del mismo Servicio de Medicina Interna del citado hospital emitidos por la misma especialista, lo que indica, según el informe médico legal de 3 de mayo de 2004 que aportamos, que el contagio ha sido producido a través de su esposa.

»(...).

»El objeto de esta reclamación inicial es que se indemnice a mis patrocinados por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su esposa y madre Doña xxxxx y, asimismo, por el grave estado físico y psíquico en que se encuentra su esposo Don qqqqq al haber sido infectado del virus del SIDA por aquella.

»La base que sustenta nuestra pretensión de que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y se conceda la indemnización que se solicita, radica en entender que el origen y realidad de los citados daños traen causa de las transfusiones sanguíneas a que fue sometida la esposa y madre de los reclamantes en el mes de abril de 1990 en el Hospital hhhhh de xxxxx" (sic).

Y evalúa los daños cuya reparación solicita, conforme a la Resolución de 20 de enero de 2003 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en 504.330,71 euros, correspondientes 241.240,08 por la muerte de Dña. xxxxx, desglosados en diferentes conceptos, y 263.090,63 euros por las lesiones permanentes de D. qqqqq, igualmente desglosados.

Acompaña a la reclamación la siguiente documentación:

- Poder notarial acreditativo de la representación en que interviene Dña. yyyy.
- Certificado de defunción de Dña. xxxxx.
- Copia del acta notarial de declaración de herederos abintestato, causada por el fallecimiento de Dña. xxxxx.



- Informe de 18 de abril de 1990 del Dr. mmmmm del Hospital hhhhh, relativo a la cesárea practicada a Dña. xxxxx, así como dos peticiones de transfusión, de fecha 9 de abril de 1990, de cantidad de 600 ml, y en las que constan respectivamente los números: 81.257 y 81.259 y 81.342 y 81.343.

- Diversos informes médicos del Hospital hhhhh relativos a la asistencia prestada a Dña. xxxxx en el periodo comprendido entre el 2 de abril y el 23 de septiembre de 2003.

- "Informe médico legal y forense de Dña. xxxxx", emitido el 3 de mayo de 2004 por el Dr. bbbbb.

- "Informe médico legal y forense de D. qqqqq", emitido el 3 de mayo de 2004 por el Dr. bbbbb.

- Análisis clínicos, de sangre, de 3 de marzo de 2004 de D. qqqqq.

- Diversa bibliografía sobre el SIDA.

- Informes médicos de la Dra. ggggg del Hospital hhhhh, de 9 de septiembre y 7 de octubre de 2003. Informe de 24 de septiembre de 2003 del Dr. ttttt del centro de Salud de xxxxx e informe psiquiátrico del Dr. fffff del C.S.M. xxxx.

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de xxxxx de 10 de junio de 2004, declarando a D. qqqqq afecto de incapacidad permanente absoluta con derecho a percibir las prestaciones correspondientes.

Segundo.- Consta en el expediente la siguiente documentación:

- Escrito del Dr. wwwww, del Servicio de Hematología del Hospital hhhhh, de 11 de noviembre de 2002.

- Informe del Dr. nnnnn, Jefe de Sección de Hematología y Hemoterapia, y wwwww, Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital hhhhh, de 27 de septiembre de 2004.



- Oficio del Juzgado de lo Social nº 3 de xxxxx de 22 de junio de 2004, por el que se remiten los informes solicitados, obrantes en los folios 37 a 44 de los autos 352/04.

- Informe de 19 de octubre de 2004 de la Inspección Médica, emitido por Dña. kkkkk.

- Historia clínica de Dña. xxxxx.

Tercero.- Con fecha 10 de junio de 2005, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar documentos. El 17 de junio de 2005 se persona en la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx Dña. yyyyy en representación de los interesados.

El 24 de junio de 2005 la reclamante presenta un escrito en el que manifiesta "que con fecha 30 de mayo de 2005 interpuso recurso contencioso administrativo al entender desestimado por silencio administrativo la reclamación interpuesta", si bien no obstante "muestra su expreso deseo de terminación convencional (...)".

Acompaña una copia del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

Cuarto.- Con fecha 13 de octubre de 2005, el Director General de Administración e Infraestructuras firma la propuesta de resolución del expediente, formulada en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

Quinto.- El 27 de octubre de 2005 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de



1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

Los interesados han ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, consta que lo hicieron el 30 de julio de 2004, dentro, pues, del plazo indicado en dicho precepto, toda vez que la infección V.I.H. sufrida por Dña. xxxxx se diagnosticó el 26 de agosto de 2003.

5ª.- El fondo del asunto requiere analizar una cuestión fundamental, si la infección por V.I.H. sufrida por Dña. xxxxx y diagnosticada el 26 de agosto de 2003 es imputable a la Administración sanitaria.



Queda acreditado en el expediente que el 8 de abril de 1990 se le practicó a Dña. xxxxx una cesárea segmentaria transversa y que el día 9 de abril de 1990 fue reintervenida por la aparición de una hemorragia post-parto (hematoma disecante), realizándosele una histerectomía subtotal y anexetomía izquierda, fecha en que se le transfundieron 1.200 ml de concentrado de hematíes.

La parte reclamante argumenta que fue en dichas transfusiones cuando se contagió a Dña. xxxxx el V.I.H. e invoca en este sentido que el Dr. bbbbb, en la consideración médico legal 7ª del "Informe médico-legal y forense de Dña. xxxxx", manifiesta:

"Finalmente, añadir que según la bibliografía aportada, la mediana desde la infección está a partir de los 10 años, lo que coincide con la fase de transfusión post-parto por hemorragia. (Harrison, 'Principios de Medicina Interna')".

De donde se infiere que realizadas las transfusiones en el año 1990 y puesta de manifiesto la infección por V.I.H. en el año 2003 cabría presumir que ésta se produjo como consecuencia de aquéllas, al coincidir con la mediana señalada.

Ahora bien, dicha presunción, inferida sin datos concretos sobre las transfusiones realizadas, ha de entenderse totalmente desvirtuada a la vista del informe de 27 de septiembre de 2004 de los Drs. nnnnn y wwwww, Jefe de Sección y Servicio de Hematología del Hospital hhhhh, en el que manifiestan:

"En este Servicio de Hematología y Hemoterapia se viene realizando en todas las donaciones la determinación de anticuerpos anti-VIH desde julio de 1985, dos años antes de la obligatoriedad de la prueba.

»A la paciente se le transfundieron de urgencia cuatro unidades de concentrados de hematíes. Números 81.257, 81.259, 81.342, 81.343.

»El estudio de las fichas clínicas de los donantes a quienes corresponden dichas unidades no indica ninguna observación sobre positividad de VIH en las citadas donaciones.



»Tres de los cuatro donantes volvieron a donar con posterioridad, uno hasta el 31.10.1990, otro hasta el 12.09.1994 y el tercero hasta 06.06.2003, en todos ellos los estudios de anticuerpos anti-VIH fueron negativos. El cuarto donante, que no había vuelto a donar ha sido estudiado el 26.12.2003 siendo el resultado de anticuerpos anti-VIH negativo”.

El informe de la Inspección Médica, tras reproducir dichas manifestaciones, realiza las siguientes consideraciones:

“La posibilidad de transmisión en periodo ventana por alguno de estos donantes está superado, ya que se realizaron donaciones posteriores (mas de tres meses desde la transfusión) y las pruebas de detección de anticuerpos anti-VIH fueron negativas.

»Existen distintos mecanismos de transmisión de la infección por VIH. La categoría de transmisión de VIH para mujeres más frecuente sigue siendo la UDI (usuario de drogas inyectables) 48%, seguida de la transmisión heterosexual 40%, otros/desconocidas 10%, transf./hemoderivados 1% y madre-hijo un 1%”.

Y formula la siguiente conclusión-propuesta:

“No existiendo datos de que los donantes que aportaron sangre en la transfusión de D^a xxxxx estuviesen infectados por VIH, y dado que existen otros mecanismos de transmisión de la enfermedad, considero que D. qqqqq e hijos no tienen derecho a una reparación económica”.

De lo expuesto cabe concluir que, pese a no encontrarse en el expediente los registros de serología relativas a las determinaciones de anticuerpos anti-VIH de las unidades transfundidas nº 81342, 81343, 81257 y 81259, probablemente como consecuencia de la censurable situación que respecto al libro registro de serología se pone de manifiesto en el escrito de 11 de noviembre de 2003 del Dr. wwwww, no ha quedado acreditado que la infección por VIH a Dña. xxxxx fuese ocasionada por las transfusiones realizadas el 9 de abril de 1990, toda vez que los donantes de las unidades transfundidas no han presentado resultado positivo a la determinación de VIH, incluso una vez transcurrido el periodo ventana.



En este sentido ha de recordarse que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori* y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello conlleva a la desestimación de las pretensiones indemnizatorias fundamentadas en la infección por VIH de Dña. xxxxx como consecuencia de las transfusiones realizadas el 9 de abril de 1990, como son las reparadoras del fallecimiento y lesiones sufridas a causa de dicha infección por Dña. xxxxx y D. qqqqq respectivamente.

6ª.- Resta por analizar si en la asistencia sanitaria prestada a Dña. xxxxx desde el día 2 de abril de 2003 hasta el día de su fallecimiento –23 de octubre de 2003– concurren los presupuestos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que la parte reclamante achaca a ésta un retraso injustificado en el diagnóstico de la infección por VIH.

Al respecto ha de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 y 3623/2003) han ido perfilando la teoría de la *lex artis* como límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración, en materia sanitaria.

Esta teoría parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986–, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.



Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

En el presente caso cabe señalar, tal como se refleja en la propuesta de resolución, que “según consta en la Historia Clínica, y en la propia reclamación D^a xxxxx fue atendida a lo largo de su proceso por los especialistas de Urgencias, Digestivo y Medicina Interna, siendo sometida a pruebas diagnósticas y analíticas y a tratamiento médico acorde a la sintomatología presentada. En atención a las características sociosanitarias de la paciente, la toma en consideración como sospecha diagnóstica de positividad a VIH se realizó una vez descartados los diagnósticos de patologías establecidas como primera opción, citados en el informe de la Inspectora Médica: sobrecrecimiento bacteriano, probable gastroenteritis eosinofílica, anemia normocítica normocrómica compatible como proceso inflamatorio crónico y síndrome ansioso-depresivo”, de modo que no cabe considerar acreditado que se haya producido una vulneración de la *lex artis ad hoc*.

Ha de reiterarse que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori* y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, ha de tenerse en cuenta que no consta en el expediente elemento de juicio alguno que permita pensar que si se hubiera realizado el diagnóstico de forma más precoz, éste hubiera podido variar la evolución de la enfermedad y el fatal desenlace de ésta. En este sentido cabe señalar que en informe médico del Dr. cccc de 17 de febrero de 2004, referido a D. qqqq, infectado por V.I.H., consta: “La patología que presenta el paciente se considera de carácter crónico, irreversible, de pronóstico negativo por su evolución progresiva hacia el empeoramiento y agravamiento clínico y sintomatológico. No existen posibilidades terapéuticas curativas”.



Por todo ello ha de concluirse que procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los interesados debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia que le fue prestada a Dña. xxxxx.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. qqqqq, en su nombre y en el de su hija zzzzz, D. ppppp y Dña. vvvvv, representados por Dña. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.