

Dictamen n<sup>o</sup>:           **174/14**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **30.04.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.C.T., sobre los daños y perjuicios derivados del contagio del virus de la Hepatitis C en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 25 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 17 de marzo de 2014, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 141/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. Don Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión

Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 30 de abril de 2014.

**SEGUNDO.-** El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por R.C.T., registrada de entrada en la Consejería de Sanidad el día 3 de octubre de 2011 (folios 1 a 23 del expediente), en la que el reclamante expone que nació el 8 de marzo de 1983, en el entonces Instituto de Obstetricia y Ginecología Ciudad Sanitaria Provincial y que tras el nacimiento, que fue gemelar, ambos hermanos permanecieron en incubadora (26 días en su caso), período durante el cual se les practicaron diversas transfusiones de sangre a fin de corregir la anemia que se les había detectado.

Continuando con el relato de los hechos de su reclamación, el interesado señala que en 1994, en un análisis rutinario, su pediatra descubrió en ambos hermanos una alteración en los niveles de transaminasas y que tras diversos estudios llevados a cabo en el Hospital Universitario 12 de Octubre y la Fundación A, fueron diagnosticados de infección por VHC, que ha venido siendo tratada en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

El reclamante considera que el cuadro clínico que presentan ambos hermanos, con sus correspondientes limitaciones y secuelas, pues subraya que cada cinco años tienen que someterse a una biopsia hepática además de los problemas de coagulación que presentan, son consecuencia directa de la infección por VHC adquirida durante el periodo de estancia en el centro hospitalario tras su nacimiento. Por ello, reclama una indemnización por importe de trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos de euro (300.506,05 €).

El reclamante acompaña su escrito de diversa documentación médica.

**TERCERO.-** Presentada la citada reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y 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 (en adelante, RPRP).

Mediante Resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de fecha 2 de noviembre de 2011 (folios 28 y 29 del expediente), se acordó la acumulación del presente procedimiento al iniciado con ocasión del escrito de reclamación por los mismos hechos, presentado en la misma fecha, por el hermano gemelo del reclamante, C.C.T.

Se ha incorporado al procedimiento documentación clínica del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 36 a 42 del expediente) y del Hospital Universitario 12 de Octubre (folios 44 a 136 del expediente).

Figura en el expediente el informe del jefe de Servicio de Neonatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 26 de octubre de 2011 (folio 43 del expediente), en el que se recoge:

*“- Según he sido informado por el Banco de Sangre del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, la determinación de los anticuerpos anti-VHC y su comercialización, no se produjo hasta el año 1989 y no ha sido hasta 1992 que la mayoría de las unidades, han transfundido sangre libre de Virus de la hepatitis C.*

*- La causa del contagio o transmisión de la enfermedad, además de la debida a transfusiones realizadas a un paciente, puede ser por muchas otras causas. Se calcula que una media del 6% de las madres son portadoras de la enfermedad y pueden por transmisión vertical contagiar a sus hijos.*

- *Otras causas de contagio, pueden ser debidas a cirugía, odontología, inyecciones e incluso, aunque discutida, la lactancia materna (se ha aislado el virus en la leche materna).*
- *Consultados los informes del expediente que se me ha enviado, no consta en ellos:*
  - *Estudio analítico materno.*
  - *Informe de alta neonatal del hermano ni historial clínico posterior del mismo.*
  - *En la actualidad los recién nacidos prematuros, que ingresan en nuestra unidad, siguen precisando la administración de transfusiones de sangre debido a la anemia de estos recién nacidos secundaria a la inmadurez de su sistema hematopoyético.*
  - *En mi opinión el paciente, durante su ingreso en el Servicio de Neonatología en el año 1983, con los medios que se disponían entonces, fue diagnosticado y tratado de su prematuridad y complicaciones de forma adecuada”.*

Consta también en el expediente el informe de 9 de abril de 2012 del jefe de Sección del Banco de Sangre y Laboratorios de Hematología del Servicio de Hematología y Hemoterapia del citado hospital, en el que se indica que no se dispone de la información sobre las identificaciones de las unidades y/o hemoderivados administrados a los hermanos entre el 8 de marzo de 1983 y el 3 de abril de 1983, así como que tampoco se dispone de información de las pruebas serológicas realizadas a las donaciones en el caso de que se hubieran administrado a los reclamantes. A lo dicho añade que la primera determinación de serología para el virus de la hepatitis C se realizó en el centro hospitalario a partir de octubre de 1989.

Por su parte, la Inspección Médica emitió informe, de fecha 6 de junio de 2012 (folios 140 146 del expediente), en el que, señala que el informe de alta del paciente tras el nacimiento no recoge la realización de ninguna transfusión ni tampoco constan síntomas que pudieran haber hecho necesaria la misma, como es la anemia debida a la inmadurez del sistema hematopoyético de los recién nacidos prematuros. Considera descartada la transmisión vertical perinatal de madre a hijo, ya que el análisis de la madre resultó negativo. Apunta como posible, la transmisión horizontal a través de su hermano gemelo al que afirma que sí se le realizó transfusión sanguínea. Hechas las precedentes consideraciones concluye que la asistencia sanitaria dispensada al reclamante por el Servicio de Neonatología de la Ciudad Sanitaria Provincial hoy Hospital General Universitario Gregorio Marañón en marzo de 1983, “*se considera adecuada*”. A lo dicho añade que

*“No existe constancia, en esa fecha, de la realización de la transfusión sanguínea a la que el reclamante atribuye el contagio de la hepatitis C que padece. Por otra parte, en esa fecha se desconocía la existencia del virus de la hepatitis C, que fue descubierto en 1989 y los test para la detección de anticuerpos del virus en sangre no fueron desarrollados hasta 1990, comenzando a aplicarse con carácter obligatorio, ese mismo año a todas las unidades extraídas en los bancos de sangre, no siendo hasta 1992 cuando se perfeccionó la prueba que detectaba con eficacia la presencia del virus.*

*Por lo tanto, en 1983, no era posible prevenir o evitar una enfermedad que era desconocida y cuyo conocimiento científico y medios técnicos de prevención fueron desarrollados en fechas posteriores”.*

Figura en el expediente examinado que el día 11 de julio de 2012 se confirió trámite de audiencia al reclamante. En uso de dicho trámite, con

fecha 31 de agosto, R.C.T. presentó escrito de alegaciones en el que incidía en los términos de su reclamación inicial. Además solicitaba se completase el expediente adjuntando los informes correspondientes a la asistencia recibida tras su nacimiento tanto por el reclamante como por su hermano.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, el 24 de febrero de 2014, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial, por entender que diagnosticada la enfermedad en el año 1995 y formulada la reclamación en el año 2011 sería claramente extemporánea. A lo dicho añade que la asistencia sanitaria prestada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón durante el año 1983, fue conforme y respetuosa con el principio de la *lex artis*.

**CUARTO.-** En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Según el informe de alta del día 3 de abril de 1983 del Instituto de Obstetricia y Ginecología de la Ciudad Sanitaria Provincial de Madrid, el reclamante nació prematuramente a las 34 semanas y dos días de gestación, el 8 de marzo de 1983, de parto gemelar.

Tras el parto ingresó directamente en el Servicio de Neonatología para ser tratado en incubadora. Presentó durante los primeros días de vida una ictericia. Como consecuencia de la ictericia prolongada presentó regular vitalidad, tomaba medianamente el alimento por lo que se le sometió a tratamiento con goteo endovenoso y medicación adecuada. Con fecha 24 de marzo se le administraron 300.000 u. de vitamina D3. Con fecha de 25 de marzo se le practicó miringotomía doble en ambos tímpanos con resultado positivo, responsable de la otitis que padeció durante el ingreso. Fue dado

de alta el 3 de abril de 1983, con el diagnóstico de elevado peso a la edad gestacional, ictericia y otitis, recomendando seguimiento por pediatra.

En el mes de julio de 1995, tras la aparición de una adenopatía retroauricular, se le realizó analítica en el Hospital Universitario 12 de Octubre, de la que resultó un aumento de las transaminasas, motivo por el que el paciente fue remitido al Servicio de Gastroenterología Infantil, donde se detectó serología positiva para el virus de la hepatitis C.

En el mes de julio de 1999 se le realizó biopsia hepática en la que se apreciaba una hepatitis granulomatosa. Se emite el juicio clínico de hepatitis granulomatosa en paciente con serología positiva para la hepatitis C, genotipo 1A y anomalías en la inmunidad celular y humoral.

El paciente fue remitido en julio de 2000, cuando contaba con 17 años al Servicio de Digestivo de adultos, donde se completó valoración y tratamiento.

El 23 de septiembre de 2002 inició tratamiento con interferón y ribavirina obteniendo una respuesta bioquímica parcial pero no virológica, suspendiéndose a los seis meses.

El 12 de mayo de 2005 ingresó para la realización de biopsia hepática transyugular que mostraba una desaparición de los granulomas y una mejoría muy ostensible de las alteraciones inflamatorias que conformaban cambios inespecíficos mínimos. Esta buena evolución histológica se relaciona con el tratamiento antivírico.

A 17 de mayo de 2005 se mantenía el diagnóstico de infección crónica por virus de la hepatitis C, genotipo 1A, con cambios mínimos inflamatorios inespecíficos hepáticos, alteraciones inespecíficas en la inmunidad y la coagulación, no precisando tratamiento farmacológico.

El último informe que figura en el expediente corresponde al 17 de enero de 2011, y es emitido por el Servicio de Medicina Aparato Digestivo del Hospital Universitario 12 de Octubre en el que se hace constar que el paciente está sometido a controles aproximadamente anuales. En la fecha del informe el reclamante mantenía las mismas alteraciones; pequeñas elevaciones de enzimas hepáticas y positividad del RNA-VHC, existiendo una estabilización de las alteraciones y no progresión de la enfermedad hepática. El diagnóstico, en esa fecha, era hepatitis crónica C leve, con cambios mínimos inflamatorios hepáticos, alteraciones inespecíficas de la inmunidad y la coagulación.

A la vista de estos antecedentes formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por el reclamante en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

**SEGUNDA.-** El reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en él la condición de interesado, exigida por los artículos 31 y 139.1 de la LRJ-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

La propuesta de resolución atiende a la fecha del diagnóstico de la enfermedad, año 1995, como *dies a quo*, para considerar extemporánea la reclamación presentada en el año 2011.

Sin embargo, como hemos señalado en anteriores dictámenes de este Consejo, en los supuestos de hepatitis crónica, como la que nos ocupa, que como es sabido pueden evolucionar hacia cirrosis e incluso, hacia un hepatocarcinoma, la jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, ha entendido que el contagio de este virus

constituye un daño continuado, por tratarse, como dice la STS de 5 de octubre de 2000 *“de una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose las incidencias de la enfermedad en el futuro del paciente...y por ello el plazo de prescripción queda abierto hasta la concreción definitiva del alcance de las secuelas”*.

En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de abril de 2012, con cita de otra anterior de la misma Sala, de 29 de noviembre de 2011, lo siguiente:

*“También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es*

*posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en Sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto y como señala la Sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que «el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 23 de julio de 1997)».*

En este caso, consideramos que no constituye obstáculo a la consideración del ejercicio en plazo del derecho a reclamar, el alto grado de estabilización de las secuelas derivadas de la hepatitis C que padece el reclamante, según resulta de los informes incorporados al procedimiento, pues conforme a la jurisprudencia señalada nos encontramos con una enfermedad impredecible en su evolución, por lo que consideramos que el daño puede ser reclamado como continuado en cualquier momento.

Por lo expuesto, la reclamación no ha de entenderse prescrita como considera la propuesta de resolución.

En cuanto a las cuestiones procedimentales, se han recabado la historia clínica del paciente y los informes de los servicios competentes (artículos 9 y 10 RPRP), así como del Servicio de Inspección Médica. Igualmente se ha otorgado al interesado el trámite de audiencia (artículos 11 RPRP y 82 y 84 LRJ-PAC).

En relación a los trámites del procedimiento, el interesado solicita expresamente en su escrito de alegaciones que se incorpore al expediente la historia clínica del período comprendido entre 1983 a 1995.

Sobre este punto es preciso señalar, que el instructor de un procedimiento administrativo no está vinculado en todo caso a la solicitud de prueba del administrado, es decir, no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 80 de la LRJ-PAC, conforme al cual: *“el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 del RPRP. Del reproducido precepto resulta, interpretado a sensu contrario, que la decisión de la Administración en la determinación de las pruebas a practicar en cada caso tiene su límite infranqueable en que las que se rechacen no sean, de forma palmaria, improcedentes o innecesarias.

En el caso que nos ocupa, no se ha practicado la prueba propuesta, ni el instructor se ha pronunciado motivadamente para denegar su práctica, contraviniendo lo previsto en el reproducido artículo 80.3 de la LRJ-PAC. No obstante, sin perjuicio de recordar al instructor la necesidad de cumplir los trámites procedimentales y la improcedencia de omitir cualquier pronunciamiento sobre la prueba, entendemos que dicha irregularidad no tiene efecto invalidante de las actuaciones. Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece en su artículo 17 la obligación de conservar la información clínica por un período mínimo de cinco años. Conforme a dicho precepto legal no puede

exigirse que se aporte al expediente lo relativo a la historia clínica del reclamante en un período correspondiente a hace más de veinte años.

Por otro lado hay que señalar que, a pesar de la resolución sobre la acumulación de procedimientos, la propuesta de resolución desestima la reclamación presentada por el interesado en el presente procedimiento, sin que se pronuncie sobre la presentada por su hermano C.C.T. Además, en la tramitación de la reclamación de este último, se ha solicitado el preceptivo dictamen a este Consejo, que se ha tramitado con el número de expediente 142/14. Con ello se ha producido una defectuosa tramitación, pues se acordó una acumulación que posteriormente no ha tenido efecto, dando lugar a una innecesaria duplicidad de procedimientos, cuestión que aunque censurable, no tiene carácter invalidante de las actuaciones.

Por último, debe ponerse de relieve la demora en la tramitación del procedimiento pues presentada la reclamación en octubre de 2011 no es hasta el 25 de marzo de 2014 cuando se solicita el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo, excediendo con creces el plazo de seis meses que para la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial establece el artículo 13 del RPRP.

**TERCERA.-** Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que se formula, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente, recoge dicha Sentencia que:

*“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

**CUARTA.-** En este caso, no cabe duda, en primer lugar, de la existencia de daño efectivo, pues según resulta de la documentación obrante en el expediente, el reclamante se encuentra afectado por una hepatitis C crónica, diagnosticada en el año 1995 y con una larga evolución de tratamientos, con las consiguientes limitaciones que el padecimiento de la enfermedad lleva aparejadas.

Acreditada la existencia del daño, se hace preciso examinar la relación de causalidad de dicho daño con el funcionamiento del servicio público. En este punto debemos partir de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, es al reclamante al que incumbe la carga de la prueba. Así lo

proclama también la práctica judicial, por todas las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 23 de octubre de 2013 (Recurso 980/2010), al señalar que *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos”* y que *“es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”*.

En este caso, el reclamante parte de la premisa de que el contagio del virus de la hepatitis C se produjo al realizarle una transfusión de sangre en el periodo posterior al parto, durante el que tuvo que permanecer en incubadora dado su nacimiento prematuro. El reclamante aduce haber padecido en ese periodo una anemia que habría motivado la citada transfusión.

Sin embargo, frente a lo alegado por el reclamante sin aportar prueba alguna en este sentido, la información que obra en el expediente desmiente tanto el padecimiento de la anemia como la realización de la transfusión. En este punto, si bien es cierto que no se dispone de la historia clínica correspondiente a ese periodo, sin embargo sí consta el informe de alta de 3 de abril de 1983 en el que no se contiene ninguna referencia a que el reclamante hubiera padecido la patología que aduce, así como respecto a la realización de transfusiones. Por el contrario, en el informe sí se hace referencia a otras patologías como ictericia u otitis, y a sus correspondientes tratamientos, de manera que en el caso de que el reclamante hubiera padecido anemia y recibido una transfusión, es razonable pensar que dichos datos se hubieran reflejado en el informe de alta como se realiza en relación con las otras patologías.

Sobre esta cuestión incide el informe de la Inspección Sanitaria cuando señala que *“el informe de alta del paciente no recoge dicha transfusión ni tampoco constan síntomas que pudiesen haber hecho necesario la misma, como es la anemia debida a la inmadurez del sistema hematopoyético de los recién nacidos prematuros”*.

Así las cosas, no cabría sino descartar la existencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, puesto que faltaría la premisa de la existencia de una asistencia sanitaria a la que imputar dicho daño, en este caso, la transfusión sanguínea que según lo expresado parece que nunca se llegó a realizar en el caso del reclamante.

Sin embargo, no puede pasarse por alto, como apunta la Inspección Sanitaria, que el hermano gemelo del reclamante sí recibió una transfusión sanguínea en el periodo perinatal, por lo que no cabe descartar la posibilidad de que aquel sí fuera contagiado, y se produjera una transmisión horizontal de la enfermedad que pudo realizarse en cualquier momento, pues no podemos olvidar que el diagnóstico de la enfermedad se produjo en 1995, es decir cuando el reclamante tenía 13 años, por lo que el contagio pudo producirse en cualquier momento de la convivencia entre los hermanos.

**QUINTA.-** Ahora bien, y aún cuando admitiéramos que la hepatitis del reclamante trae causa de las transfusiones de sangre realizadas a su hermano en el año 1983, ello no constituiría en ningún caso un daño antijurídico.

Para resolver la cuestión que se plantea en el presente supuesto entendemos oportuno traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta materia. En este sentido la STS de 27 de mayo de 2011, fundamenta lo siguiente:

*“Un segundo aspecto a tener en consideración en el asunto que nos ocupa se centra en la regulación contenida en la Ley 4/99, de 13 de enero, que modifica la Ley 30/92. De este modo, en su redacción dada por la Ley 4/99, el artículo 141.1 expresa 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 aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos." A partir de aquí cabe inferir que el daño ocasionado no constituirá una lesión resarcible en sentido jurídico cuando el estado de la ciencia y de la técnica sobre una determinada materia no permita garantizar al ciudadano un determinado resultado pues, resulta inexigible una actuación administrativa. El precepto en cuestión viene en cierta medida a positivizar la denominada doctrina del desarrollo técnico o riesgos de progreso de forma tal que, únicamente proyectarán influencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa aquellas actuaciones o resultados que son posibles obtener de acuerdo con el progreso técnico, resultando por contra irrelevantes aquellos otros que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico. Teniendo en consideración lo expuesto, resulta evidente que hasta que los virus del VIH y VHC no fueron aislados, los contagios del mismo por vía transfusional, resultaban técnicamente imprevisibles desde el momento que no se podía conocer el mecanismo de transmisión ni por ende actuar ningún tipo de análisis de detección del mismo en la unidad de sangre a transfundir. Ésta es la idea que late en la STS de 17 de octubre de 2001 que enjuicia un caso de transmisión de VIH o por*

*vía de transfusional. En dicha sentencia, el Alto Tribunal apunta lo ya expresado anteriormente. Si bien en el Real Decreto de 9 de octubre de 1985 no se establecía específicamente la obligación de efectuar pruebas relativas al SIDA, sí lo es que en ese Real Decreto se establecían los tests a realizar para excluir la transmisión de enfermedades, y que en octubre de 1986, en las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña, y en 1987 en las restantes se estableció "la obligación formal y taxativa de realizar la prueba de anticuerpos VIH en todos los donantes de sangre". "Al respecto hay que recordar que nuestra Sala ha tenido ocasión de recordar recientemente (sentencia de 19 de junio del 2001, casación 1406/1997), en un caso de contagio por hepatitis C, lo siguiente: "Esta Sala del Tribunal Supremo , a partir de su Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso de casación 7541/1996), viene considerando Sentencias de 10 de febrero y 19 de abril de 2001 , entre otras), en armonía con la doctrina de la Sala Cuarta de este mismo Tribunal Supremo recogida, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997 (recurso 1969/93), 3 de diciembre de 1999 (recurso 3227/98), 5 de abril de 2000 (recurso 3948/98 ) y 9 de octubre de 2000 (recurso 2755/99), que, cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento (hallazgo ocurrido siete años después de la transfusión de sangre a la que es achacable en este caso el contagio), no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo que hubiera sido dicha sangre donada por un enfermo diagnosticado de hepatitis no A no B, pues, si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo, la infección no puede considerarse una*

*lesión o daño antijurídico porque el riesgo de soportarlo recae sobre el paciente”.*

Como ya recordamos en nuestro Dictamen 405/11, de 20 de julio, es en abril de 1989 cuando se caracteriza el genoma del virus de la hepatitis C (VHC) y, en el último trimestre del referido año aparecen en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el virus en suero y plasma humanos. A partir del 12 de octubre de 1990, una Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de octubre de 1990, establece la obligatoriedad de cribar las donaciones de sangre mediante técnicas de detección del virus de la hepatitis C.

El Tribunal Supremo, en múltiples sentencias, excluyó la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fundándose en la ausencia de antijuricidad del daño, al considerar que, siendo imposible, al tiempo de realizarse la transfusión (antes de la referida fecha de 1990), determinar si la sangre estaba contaminada por el virus, su contagio era un riesgo a soportar por el paciente y que la transfusión sanguínea atendía al restablecimiento de su salud (STS de 21 de diciembre de 2001 o de 23 de septiembre de 2002, entre otras). Otros pronunciamientos jurisprudenciales se inclinan por aplicar el concepto de fuerza mayor, al concurrir las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad, por cuanto que se desconocía en qué casos podía producirse y no estaba al alcance de la Administración sanitaria el evitarlo (así por ejemplo STS de 5 de abril de 2000).

En el caso que nos ocupa, no resulta controvertido que la transfusión se realizó al hermano del reclamante en el año 1983, fecha en la que conforme a lo que acabamos de exponer, no era obligatorio para la Administración sanitaria llevar a cabo técnicas de detección del virus de la hepatitis C, por lo que no cabe concluir la antijuricidad del daño, y por ende la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, por no concurrir el requisito de la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de abril de 2014