

Reclamación por infección nosocomial en hospital público

Miguel Ángel Toledano Jiménez

*Socio director de Curia Legis Abogados
Profesor del Área Jurídica. CEF.- UDIMA*

EXTRACTO

Analizamos en el presente trabajo un supuesto práctico consistente en infección nosocomial sufrida por una paciente que estuvo ingresada en un hospital público, en la unidad de Medicina Interna, y durante su ingreso recibió fluidoterapia y medicación intravenosa, realizándose también colonoscopia. La paciente es una de las afectadas en el brote nosocomial de hepatitis C ocurrido en el hospital, en las fechas en que la misma estuvo ingresada.

Palabras clave: responsabilidad médica; infección nosocomial; mala praxis; *lex artis*.

Fecha de entrada: 11-01-2018 / Fecha de aceptación: 25-01-2018

ENUNCIADO

El presente supuesto práctico corresponde a un caso juzgado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sección 2.^a, en Sentencia de 12 de abril de 2016.

La paciente estuvo ingresada en un hospital en la unidad de Medicina Interna entre el 28 de noviembre y 1 de diciembre de 2011. El ingreso fue debido a un grave episodio digestivo por el que recibió fluidoterapia, medicación intravenosa y se le practicó una colonoscopia.

La paciente fue una de las afectadas en el brote nosocomial de hepatitis C genotipo 2q ocurrido en el hospital, en las fechas en las que la paciente estuvo ingresada.

Se analiza la reclamación presentada desde el punto de vista de los requisitos necesarios para que se aprecie responsabilidad de la Administración en el caso de enfermedades nosocomiales.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Qué es una infección nosocomial?
2. Cuando queda acreditada la infección nosocomial, ¿siempre y en todo caso hay responsabilidad patrimonial?
3. Solución al caso concreto dada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

SOLUCIÓN

1. ¿Qué es una infección nosocomial?

Las infecciones nosocomiales, también conocidas con el nombre de infecciones relacionadas con la atención sanitaria son, hoy por hoy, uno de los problemas principales a los que se enfrentan los servicios sanitarios, no solo desde el punto de vista asistencial sino también desde el punto de vista económico por la enorme cantidad de reclamaciones que generan, tanto en el ámbito de los servicios públicos de salud, como de los servicios privados.

Suelen definirse como aquellas infecciones contraídas durante una estancia hospitalaria y que no se habían manifestado con anterioridad ni estaban en periodo de incubación en el momento en que ingresó el paciente; en el ámbito ambulatorio, también pueden existir este tipo de infecciones por haber estado el paciente en un centro asistencial o haberse sometido a un tratamiento sanitario. En definitiva, el paciente queda infectado por un agente infeccioso o por sus toxinas y la infección nosocomial se definiría como la enfermedad o infección adquirida durante el ingreso o estancia en un hospital o centro sanitario.

El término «nosocomial» proviene del latín *nosocomio*, y tiene su origen en la palabra griega *nosos* (hospital) y en el verbo *comeo* (cuidar).

Según la Organización Mundial de la Salud, la infección nosocomial sería una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en periodo de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria, y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento.

Suele entenderse que existe infección nosocomial si ocurre entre 48 y 72 horas después de la hospitalización o estancia en el centro sanitario.

Este tipo de infecciones vienen, con carácter general, motivadas por una insuficiente esterilización o falta de asepsia, de manera que el microorganismo patógeno se pone en contacto involuntariamente con el paciente dentro la instalación hospitalaria o centro ambulatorio.

Se pueden adquirir por diferentes vías: contacto con una colonia de microorganismos patógenos o infecciones nosocomiales asociadas a distintos dispositivos (intubación, catéter urinario, catéter vascular), y pueden ser causadas por bacterias, virus y otros agentes. Los denominados reservorios y fuentes pueden ser tanto humanos (pacientes, personal de salud) como no humanos (reservorios y fuentes ambientales, dispositivos médicos, fluidos). En cuanto a los métodos de transmisión, el contacto es la forma más común (piel, gotas respiratorias), vía fecal-oral (más raras) o a través de vectores, aire, sangre.

En España, existe, desde 1990, el estudio EPINE (Estudio de prevalencia de las infecciones nosocomiales en España), siendo el sistema de valoración epidemiológica y de infecciones nosocomiales más extendido. En el estudio del año 2017 han participado 313 hospitales y 61.673 pacientes. Resulta muy interesante a efectos estadísticos y de prevención una lectura detallada del estudio.

No toda infección nosocomial da lugar a una responsabilidad sanitaria, si bien podemos decir, de forma general, que la Administración en principio debe responder, ya que los daños que producen en el paciente son antijurídicos y el paciente no tiene el deber de soportarlos. Lo matizaremos más adelante.

Para que pueda prosperar la acción de responsabilidad patrimonial deben darse necesariamente una serie de requisitos (arts. 106.2 CE y 32 LRJSP):

- Debe existir un daño real y efectivo, que se pueda evaluar económicamente e individualizable con respecto a una persona o grupo de personas.
- El daño debe ser antijurídico, es decir, que quien lo soporta no tiene el deber de soportarlo y sufrirlo.
- El daño debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- Debe haber ausencia de fuerza mayor.

Como sabemos, la entrada en vigor de la Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), han supuesto modificaciones en dos aspectos distintos: las relaciones entre las Administraciones públicas (*ad intra*) y las relaciones de las Administraciones públicas con los ciudadanos (*extra intra*); cada norma se dirige a un ámbito distinto de relaciones.

El régimen concreto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se expone en el capítulo IV, del título preliminar de la LRJSP, artículos 32 y siguientes, no habiendo sufrido modificaciones en lo que se refiere a los requisitos generales para apreciar la concurrencia de la misma, y que ya se han plasmado en Sentencias del Tribunal Supremo en distintas ocasiones (24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993, 31 de marzo de 2014, 31 de octubre de 2014, 8 de marzo de 2016): daño real y efectivo, relación de causalidad y no interrupción del nexo causal (fuerza mayor), antijuridicidad y no prescripción (al tratarse de responsabilidad patrimonial la reclamación, debe efectuarse en el plazo de 1 año).

Por supuesto, las infecciones nosocomiales también pueden darse en el ámbito sanitario estrictamente privado, siendo en este caso los plazos de prescripción para su reclamación distintos, incluso si existiera un seguro de salud; como hemos visto en artículos anteriores también publicados en esta Revista, los plazos de prescripción pueden variar. No nos detendremos ahora en estas cuestiones puesto que estamos analizando de manera muy concreta el supuesto de infección nosocomial, regulación y requisitos legales para su reclamación, cuando esta produce un daño al paciente en un hospital público.

Las infecciones nosocomiales o infecciones relacionadas con la atención sanitaria son uno de los problemas más frecuentes en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, civil y patrimonial.

En cuanto al marco normativo, y con carácter general, resultarían de aplicación los siguientes artículos y legislación:

- Artículo 1.101 del Código Civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren

en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas

- También son de aplicación los artículos 1.102 y ss. del CC: responsabilidad por dolo, responsabilidad por negligencia, excepciones de fuerza mayor, daños y perjuicios, intereses, etc.
- En cuanto a disposiciones del Código Civil, destacamos también, como no puede ser de otra manera, los artículos relativos a la responsabilidad extracontractual: artículos 1.902 y ss.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Señalamos concretamente el artículo 148 de la norma, relativo al régimen especial de responsabilidad, dentro del capítulo dedicado a los daños causados por otros bienes y servicios, y que indica que los prestadores de servicios responderán de los daños originados en el correcto uso de los mismos, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en las debidas condiciones al consumidor y usuario. Qué duda cabe que los responsables de hospitales y clínicas debe proporcionar este tipo de servicios al paciente, garantizándole unos mínimos niveles de eficacia y seguridad, con todo tipo de controles técnicos, humanos y sanitarios.
- Por supuesto, será de aplicación en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, como el que nos ocupa, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, concretamente los artículos 32 y ss., que regulan el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, con especial mención a los principios de responsabilidad que deben regir en estos casos.
- En el ámbito procedimental, relativo a la responsabilidad patrimonial, hacemos mención a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 75 y ss. Recordemos que esta ley, en su disposición derogatoria única, deroga expresamente el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.
- Normas específicas sobre la materia: (a) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula, entre otros, el derecho a la protección de la salud, los principios generales del sistema de salud y las actuaciones sanitarias del sistema de salud; (b) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siendo esta siempre una norma de referencia en cualquier tipo de responsabilidad sanitaria que estemos tratando (derecho de información sanitaria, consentimiento informado, historia clínica, etc.).

- Por último, hacemos mención al artículo 106 de la Constitución Española, cuando 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».

2. Cuando queda acreditada la infección nosocomial, ¿siempre y en todo caso hay responsabilidad patrimonial?

En principio la respuesta ha de ser negativa, puesto que no existe una responsabilidad objetiva de carácter universal; la Administración no puede ser responsable de todo lo que ocurre sin más, no solo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, sino en cualquier otro ámbito de la misma. No obstante, la respuesta merece ser matizada.

Como hemos indicado, la LRJSP, regula en su capítulo IV el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aplicable al caso que nos ocupa, puesto que nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, en el que ha sido demandada la Generalitat Valenciana (Consejería de Sanidad).

Recordamos que el artículo 32 de la citada norma establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

El daño alegado por el particular debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Por otro lado, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, y 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.

En cuanto al importe de la indemnización, se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social, siendo muy habitual, en materia de responsabilidad sanitaria donde existen daños corporales que han causado muerte, lesiones o secuelas, la aplicación del baremo obligatorio del automóvil.

La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las comunidades autónomas. En el caso de que junto con la Administración sea traída al procedimiento la compañía de seguros de la misma, lógicamente podrán imponerse los intereses moratorios estipulados en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En principio, si se dieran todos los requisitos necesarios, y toda vez que la paciente no tiene el deber jurídico de soportar el contagio por infección nosocomial de una enfermedad cuando está ingresada en un centro hospitalario, podríamos indicar que la Administración debe responder siempre y en todo caso, pero no toda infección nosocomial supone la omisión de medidas de asepsia, ya que no siempre se produce la ruptura de la cadena de asepsia pese a que exista contagio.

En varias ocasiones, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia, así como los Tribunales Superiores de Justicia, indicando que no resulta procedente objetivar la responsabilidad patrimonial en caso de que se produzca un contagio intrahospitalario a pesar de que las medidas de asepsia sean correctas.

Es la Administración demandada la que debe probar que se adoptaron las medidas de asepsia indicadas al caso concreto, es decir, existe una inversión de la carga de la prueba, lo cual es lógico puesto que para el particular resultaría extremadamente difícil cargar con la prueba en estos casos, debido a las connotaciones técnicas, científicas y burocráticas que supondría lo contrario.

Ahora bien, una vez que la Administración acredita que no se ha roto la cadena de asepsia, por el hecho de producirse el contagio hospitalario no debe entenderse sin más que existe responsabilidad de la Administración, lo que ocurre es que si no se ha roto la cadena de asepsia, ¿por qué se produce entonces la infección nosocomial?

En este sentido debemos recordar que la eliminación del riesgo de infecciones en un centro sanitario no puede ser absoluta, siempre existirá un riesgo de contagio, incluso en los casos en los que se hayan respetado los protocolos médicos exigibles; pero este riesgo de contagio determinará, en muchas ocasiones, que el daño no pueda ser calificado de antijurídico ya que, por desgracia, no todos los riesgos son evitables en su totalidad. El estado de la ciencia es el que es, y no permite la seguridad absoluta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, estableció que:

«El mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves

como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del artículo 139.1 LRJ-PAC, y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

En la actualidad, el artículo 32 de la LRJSP hace también referencia como excepción a los supuestos de fuerza mayor o daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2016, recurso 2386/2014, ya indicó claramente que no es doctrina jurisprudencial ni que toda infección nosocomial dé lugar a responsabilidad patrimonial, ni que toda infección nosocomial pueda evitarse a través de medidas profilácticas o preventivas.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, del País Vasco, Sección 3.^a, de 19 de abril de 2016, indicó que, en principio, el material utilizado en un acto médico puede estar perfectamente esterilizado, ahora bien, la piel no, es decir, puede desinfectarse pero no esterilizarse, y el material destinado a su uso puede contaminarse a través del medio en el que se utiliza a través de las personas que intervienen en la utilización, como agentes o pacientes, y, además, y esto es lo importante (recalca la sentencia), la esterilización no puede ser absoluta en todo caso como pretende la apelante sino que dependerá del estado de la ciencia y de la técnica en cada momento, pues para poder aplicar medios que eliminen microorganismos nocivos, en primer lugar deberá conocerse de qué organismos se trata y qué medios son los necesarios para eliminarlos o reducirlos hasta límites razonables que impidan la infección o que al menos permitan controlarla.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, recurso 40/2012, no es suficiente con constatar el origen intrahospitalario de una infección para de ello concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, sino que, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario acreditar el incumplimiento del estándar de rendimiento, que permite el estado del conocimiento, para detectar la presencia del elemento causante de la infección.

Por lo tanto, la responsabilidad de la Administración, aun siendo objetiva, no puede estar basada en la producción del daño sin más, sino que el daño debe ser antijurídico, es decir, que quien lo soporta no tenga el deber de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento en que se produce la infección o contagio.

Podríamos resumir la cuestión indicando que la responsabilidad de la Administración en materia de infecciones nosocomiales existe cuando hay una infracción del deber de diligencia debido, es decir, cuando se ha roto la cadena de asepsia o bien cuando esta no existe, pero si la Administración

ha cumplido con todos los protocolos médico-sanitarios y con todas las medidas de asepsia establecidas para el caso concreto, es difícil que se declare la existencia de responsabilidad patrimonial, puesto que el estado de la ciencia hace imposible la seguridad absoluta.

Lo que parece claro es que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo y que es a la Administración a quien incumbe la carga de la prueba, probando no solo que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, sino también que es correcta la atención dispensada una vez aislado el germen causante de la infección.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a, de la Comunidad Valenciana, de 15 de marzo de 2017, analiza un supuesto de infección de sepsis por cóndida, que ocasiona al paciente patología ocular y poliartralgias, solicitando este una indemnización de 80.246,44 euros más intereses. El informe técnico-sanitario de la Inspección, unido a los autos, recuerda que la infección nosocomial es un problema universal de salud pública, por su morbi-mortalidad y costes, y que todos los hospitales dedican esfuerzos sistemáticos para combatirla pero que se está lejos de su erradicación. Esta sentencia recuerda que el paciente tiene derecho a recibir un tratamiento hospitalario acorde con todas las medidas de asepsia exigibles, y menciona la STS de 25 de abril de 2002 que indica que «prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas».

Extraemos el siguiente párrafo, con mención expresa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a los supuestos de excepción de fuerza mayor en el caso de infección nosocomial:

«En los casos de infección intrahospitalaria, la obligación de medios que recae sobre la Administración sanitaria se traduce en la adopción de las prevenciones necesarias para evitarla, con arreglo, por supuesto, al estado de la ciencia en cada momento. La carga de la prueba de este hecho recae necesariamente sobre la parte demandada, única que dispone de los elementos probatorios para justificar que la unidad sanitaria donde se produjo el brote infeccioso se hallaba sometida a los controles y reglas profilácticas ajustadas a los estándares de seguridad exigibles.

El Tribunal Supremo, en numerosos pronunciamientos, ha descartado la apreciación de la concurrencia de la circunstancia exonerante de la fuerza mayor (SSTS de 4 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1987, 3 de noviembre de 1988, 11 de julio, 11 y 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 26 de febrero de 1998, y 11 y 32 de mayo de 1999) ya que no se ha probado que la infección viniera irresistiblemente determinada por una causa exterior al funcionamiento del servicio sanitario en la concreta prestación quirúrgica que no se hubiera podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica entonces existentes; habiéndose apreciado por la jurisprudencia citada que, cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la actuación médica, su presencia en el establecimiento

sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo de la persona paciente [...] no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud (STS 11 de mayo de 1999).

En definitiva, se entiende que cuando estas infecciones se producen es porque en algún momento se rompe la cadena de asepsia, de modo que aunque las medidas generales propuestas por el Servicio de medicina preventiva del hospital son correctas, si se hubieran llevado a cabo de forma estricta, no se habría producido la infección, por lo que la infección hospitalaria era previsible y evitable si no se hubiera roto aquella cadena de asepsia y se extremasen las medidas de asepsia y todos los controles de prevención de infecciones. Por otra parte, si dicha infección era uno de los riesgos típicos de la intervención, resultaba obligada la previa información sobre dicho extremo, y si no consta, ello hace recaer sobre la Administración las consecuencias de ese riesgo por vulneración de las normas relativas al consentimiento informado, pero es que junto a ello la responsabilidad es consecuencia obligada de aquel funcionamiento anómalo derivado de la ruptura de la cadena de asepsia que ha permitido que la infección se contrajera».

Leída hasta aquí la sentencia parece que siempre que existe una infección ha existido una ruptura de la cadena de asepsia, pero a continuación establece:

«Pero también ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000, en un caso de infección en intervención quirúrgica por estafilococo aureus, que la infección por dicha bacteria en una intervención quirúrgica, si bien puede resultar en algunos casos inevitable, es un evento previsible y por tanto deben extremarse medidas precautorias tales como:

- a) Asepsia de quirófanos e instrumental.
- b) Desinfección meticulosa del área operatoria.
- c) Acortar lo más posible el tiempo operatorio.
- d) Evitar dejar cuerpos extraños, eliminación de tejidos hematomas, etc. y
- e) Práctica de antibioterapia desvitalizado.

De ello se infiere que cuando conste acreditado que se han adoptado las medidas precautorias exigibles, de producirse la citada infección, esta debe considerarse un supuesto de fuerza mayor que conlleva la imposibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración siempre, por supuesto, que la actuación médica en el diagnóstico y tratamiento, tanto de la enfermedad que motivó el ingreso hospitalario como de la infección, se haya ajustado a las reglas de la *lex artis*.

Igualmente, ha afirmado también el Tribunal Supremo que, en orden a las enfermedades nosocomiales, resulta aplicable el principio de presunción o probabilidad de culpa, apreciable en supuestos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (SSTS, Sala Primera, de 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 5 de febrero de 2001, o 22 de abril de 2003), cuando de las distintas circunstancias concurrentes cabe llegar razonadamente a la conclusión de que la causa eficiente de la producción del daño era el contagio intrahospitalario, al no mediar otros riesgos concurrentes para adquirir la infección».

En conclusión, acaba indicando la sentencia: «Sea por su reconducción al campo de la fuerza mayor inevitable, sea por la presunción de culpa, y dado que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo, es a la Administración a quien le incumbe la carga probatoria, de que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, siendo también correcta la atención dispensada una vez aislado el germen causante de la infección, y justificado tal proceder por la Administración sanitaria, corresponde a la parte reclamante desvirtuarlo».

La realidad es que, el estado de la ciencia no permite descartar siempre y en todo caso una infección nosocomial, pero también es cierto que algunos juzgados y tribunales, a pesar de que se han dado las medidas de asepsia adecuadas, así como una adecuada información asistencial y un adecuado consentimiento informado, han considerado que si se produce una infección, algo ha fallado, y que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar este tipo de daños; pero esto es algo como convertir la ciencia médica, siempre y en todo caso, en una obligación de resultado y no en una obligación de medios. Sería conveniente una mayor unificación de la doctrina de juzgados y tribunales con el fin de paliar en la medida de lo posible la inseguridad jurídica que se está creando al respecto, sobre todo por la denominada jurisprudencia menor, ya que el Tribunal Supremo es bastante más congruente en estos temas.

3. Solución al caso concreto dada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Se trata en este caso de una desestimación presunta de la reclamación patrimonial presentada por los actores, frente a la cual se interpone recurso contencioso-administrativo.

La parte actora solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la Consejería de Sanidad de Valencia por los daños y perjuicios que se les ocasionaron por el contagio de hepatitis C de doña Elisenda, contagio que sufrió mientras estaba ingresada en el Hospital Marina Baixa de Villajoyosa. La reclamación la interponen doña Elisenda por el contagio sufrido, y su esposo e hija menor por los daños morales padecidos.

Analiza, en primer lugar, el tribunal la jurisprudencia existente para la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, donde se exige siempre una antijuridicidad del resultado o

lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o daño producido. Concreta que, en el ámbito de la responsabilidad vinculada a la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o vida del enfermo, por lo que nos recuerda que la obligación del médico es una obligación de medios, no de resultado, es decir, una obligación equiparable al arrendamiento de servicios y no al arrendamiento de obra.

La Administración sanitaria debe aportar todos los medios que la ciencia en el momento concreto pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero de ello, en modo alguno, puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que esta se haya acomodado a la *lex artis*. Por ello, el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas no supone que esté basada en la simple producción del daño, sino que, además, este debe ser antijurídico, en el sentido de que no se debe tener obligación de soportar, por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento. Y ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de la *lex artis* (SSTS de 10 de julio de 2012 [cas. 4073/2010], 24 de mayo de 2011 [cas. 2192/2010], 25 de febrero de 2009 [cas. 9484/2004] y 20 de junio y 11 de julio de 2007).

Establecidos los requisitos jurisprudenciales, que es la antijuridicidad del resultado o lesión –consecuencia de una infracción de la *lex artis*–, y en esencia lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, procede el Tribunal a analizar si, en el caso concreto, concurren o no los requisitos establecidos.

En primer lugar la sentencia, con relación a la carga probatoria, recuerda que la regla general es que la misma incumbe al que reclama, si bien en materia de responsabilidad sanitaria, se modera esta exigencia debido a las dificultades que presenta para el paciente dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, de tal manera que no se exija al lesionado una prueba imposible o diabólica, siendo, por lo tanto, en determinados supuestos, y este es uno de ellos, en los que la Administración ha de acreditar que su actuación es conforme con la *lex artis*. Recordemos que se suele entender como *probatio diabolica* la situación que se produce cuando quien alega o esgrime un derecho, o afirma una situación, de la que puede derivarse una consecuencia jurídica contraria a sus intereses, se encuentra imposibilitado de poder probar ese hecho o situación, ya que está en manos de la parte contraria acreditar el extremo contrario del que alega el reclamante. Es un tipo de prueba que rechazan los tribunales modernos sujetos al Estado de Derecho, propia de procedimientos garantistas, que suponen una inversión del denominado *onus probandi*, y que es aplicable precisamente en el caso que estamos tratando.

A continuación, la sentencia entra en el análisis de los informes médicos, tanto los obrantes en el expediente como los aportados por las partes, y recuerda, en este sentido, el contenido del artículo 348 de la LEC cuando indica que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

La paciente, Elisenda, es una de las afectadas en el brote nosocomial de hepatitis C ocurrido en el hospital, en las fechas en que la paciente estuvo ingresada, algo que ha quedado confirmado en los informes médicos que obran en autos.

Del análisis de la prueba practicada, el Tribunal acaba considerando como probado, en su fundamento jurídico quinto, que la actora contrajo el virus en su estancia en el hospital, entre el 28 de noviembre y 1 de diciembre, siendo una de las pacientes afectadas por el brote nosocomial de hepatitis C2q ocurrido.

Declara que existe nexo causal entre el ingreso hospitalario y el contagio, y declara, asimismo, que la Administración no ha acreditado que se habrían extremado todas las medidas de precaución necesarias, así como todos los controles y protocolos para que ese contagio no se hubiera producido. Esta inversión de la carga de la prueba que se produce, en atención a reiterada doctrina jurisprudencial aplicable para casos similares, es lo que lleva a la estimación de la reclamación patrimonial; si se hubiera dejado la carga de la prueba en manos de la actora, la reclamación no hubiese prosperado.

Se analiza también en esta sentencia la cuantificación del daño producido, puesto que la actora tan solo alude de forma genérica a los daños y deja para ejecución de sentencia la cuantificación de los mismos. Pero esto tampoco es motivo suficiente, a juicio del tribunal, para que se desestime la reclamación patrimonial, ya que considera que, con respecto a la paciente Elisenda, sí que constan acreditados los daños, puesto que no resulta controvertida como secuela física el contagio de hepatitis C2q producido. Toma en consideración para establecer la cuantía indemnizatoria el contagio de la hepatitis propiamente dicho, la situación actual tras el tratamiento que resulta estable, posibilidades de reactivación de la patología, la eventual consecuencia futura de la enfermedad contraída, la edad de la actora en el momento del contagio, así como otro tipo de circunstancias subjetivas y objetivas que se dan en el caso, y lo reconocido en sentencias del Tribunal Supremo que habían tratado asunto similares, como las de 29 de enero de 2014 y 14 de febrero de 2014. Efectuadas todas estas consideraciones, la sala fija una indemnización, según su prudente arbitrio, de 80.000 euros más intereses legales desde la fecha de presentación de la reclamación administrativa.

En este asunto, también realizaron reclamación el esposo y la hija menor de doña Elisenda, reclamación que el tribunal entiende que se hace como daño moral, puesto que no han sufrido daño físico alguno.

Resultan interesantes las reflexiones que realiza la sentencia sobre el daño moral, que si bien son breves, son muy útiles a la hora de utilizarlas como referencias en el día a día del trabajo del abogado para casos similares. Hace referencia a la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en sentencias de 20 de julio de 1996, 7 de julio de 2001 y 23 de marzo de 2011, y, en definitiva, reproduce y concentra la doctrina en el siguiente párrafo:

«La fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de Instancia, sin que sea revisable en casación siempre que esté observado los criterios jurisprudenciales y reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación».

Considerando la doctrina indicada, la sala del Tribunal Supremo, al entender que no ha existido contagio para el esposo y la hija, y tan solo un daño moral, resuelve que sean indemnizados en la cifra de 6.000 euros respectivamente, desde la fecha de presentación de la reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial.

Al quedar reflejada y establecida la responsabilidad de la Administración, se procede a su condena en costas.

Queremos hacer, por último, una mención a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a, de 16 de octubre de 2017, en un recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por los padres de un niño recién nacido atendido en un hospital de Madrid; si bien el fallo establece que no ha lugar al recurso de casación para unificación de doctrina, resultan interesantes los argumentos que reproduce la sentencia, contenidos en la sentencia que se recurre, cito, Sentencia del día 5 de febrero de 2015 dictada por la sección décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, concretamente en lo referido a la posible infección nosocomial que se pudo generar al menor. Distinguiendo el TJS de Madrid entre infección de origen nosocomial o contraída en la comunidad, de tal manera que no queda probado la falta de cumplimiento de los correspondientes protocolos hospitalarios de asepsia vigentes en el hospital, no quedando acreditado que se tratara de una infección relacionada con la atención sanitaria dispensada en el hospital, indica expresamente:

«Por ello, desconociéndose cuándo pudo ser incubado dicho virus, cuya forma de adquisición –según informe– más frecuente es en la comunidad, habiendo estado ingresado dicho paciente los días 11 a 16, y reingresando el día 18 de diciembre de 2011, no es posible determinar ahora que se tratara de una infección relacionada con la atención sanitaria, aquella contraída por el citado neonato. Por otro lado, como se expresa en el informe emitido por la Administración, en todo caso no puede achacarse el contagio de dicho virus a la realización de dicha exploración quirúrgica, al ser en su caso nosocomial, sino a su propia estancia hospitalaria, ello conforme la definición que de infecciones relacionadas con la atención sanitaria (IRAS) se ofrece en el "Procedimiento PR-ENF-PP_hm-00", remitidas por dicha parte, conforme al que, "son aquellas que afectan al paciente durante el proceso de su atención hospitalaria u otro centro de atención sanitaria"».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, art. 106.
- Código Civil, arts. 1.101 y ss. y 1.902 y ss.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, arts. 75 y ss.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, arts. 32 y ss.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, art. 148.
- SSTS de 4 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1987, 3 de noviembre de 1988, 24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993, 11 de julio de 1995, 11 y 30 de septiembre de 1995, 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 20 de julio de 1996, 21 de julio de 1997, 26 de febrero de 1998, 9 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 1999, 13 de julio de 2000, 5 de febrero de 2001, 7 de julio de 2001, 22 de abril de 2003, 20 de junio de 2007, 11 de julio de 2007, 25 de febrero de 2009 (cas. 9484/2004), 23 de marzo de 2011, 24 de mayo de 2011 (cas. 2192/2010), 25 de abril de 2012, 10 de julio de 2012 (cas. 4073/2010), 9 de octubre de 2012 (recurso 40/2012), 19 de julio de 2013, 29 de enero de 2014, 14 de febrero de 2014, 31 de marzo de 2014, 31 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016 (recurso 2386/2014), 8 de marzo de 2016 y 16 de octubre de 2017.
- STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso, de 19 de abril de 2016.
- SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, de 12 de abril de 2016 y 15 de marzo de 2017.
- Estudio EPINE-EPPS de la Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene del año 2017.