

Expediente Núm. 72/2019
Dictamen Núm. 116/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de abril de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de marzo de 2019 -registrada de entrada el día 20 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención quirúrgica de artroplastia de cadera.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de agosto de 2018, el interesado presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención quirúrgica de artroplastia de cadera.

Expone que el 21 de marzo de 2017 ingresó en el Hospital “X”, donde se le practicó una artroplastia total de cadera izquierda, y reseña que dicha

intervención “y el implante de la prótesis (...) fue llevada a cabo sin realizar cálculo preoperatorio alguno -plantillado de las imágenes radiográficas digitales-, absolutamente preceptivo y necesario en orden a evitar posibles disimetrías y lograr el equilibrio de las partes blandas, al carecer el centro hospitalario del *software* pertinente para ello; extremo del que no fue informado previamente y de lo que tuvo ulterior conocimiento a su alta hospitalaria”.

Señala que como consecuencia de esa intervención “sufrió una hipermetría en su miembro inferior izquierdo (casi 3 centímetros más larga su pierna), según el control radiológico -Rx- inmediato a la operación realizado (por) el propio hospital (...), donde se objetiva la cabeza del fémur muy alta respecto al trocánter menor. Tal diferencia se redujo progresivamente debido al hundimiento del vástago por ajuste insuficiente dentro del fémur proximal, inestabilidad que impidió la consolidación ósea”, lo que “trajo consigo (...) una marcha claudicante y limitación funcional, amén de causarle dolores incapacitantes en la cadera operada”, siendo esto “objetivado” en otro centro hospitalario concertado “mediante reconocimientos y pruebas radiográficas en fecha 21 de junio de 2017”.

Manifiesta que fue reintervenido sustituyéndose el vástago femoral, y que ello “permitió observar la falta de osteointegración”. Indica que de esta segunda intervención fue alta el 8 de junio de 2017, y que tras las sucesivas revisiones presenta finalmente “debilidad glútea izquierda con signo de Trendelenburg leve”. Afirmar que después de una breve marcha “presenta pérdida de fuerza por fatiga muscular progresiva”, y que esto le obliga a utilizar la “ayuda del bastón en la mano contralateral”, precisando que con los meses transcurridos “ha ido sobrecargando la cadera derecha (...), lo que le ha ocasionado la aparición de dolor de tipo mecánico típico de la artrosis radiológica que padecía, pero que se mantuvo asintomática (...) hasta hace un mes (...), resultando preciso ser intervenido a la mayor brevedad para que no empeore su situación”. Añade que se le ha agravado un síndrome bilateral del túnel carpiano por el uso de los bastones ingleses, por lo que fue sometido “sin éxito alguno (...) a dos intervenciones quirúrgicas para liberar el nervio en la mano izquierda”, así como a infiltraciones con “corticoides en la mano derecha”.

Finalmente, relata que remitió un escrito al Jefe del Servicio correspondiente del Hospital "Y" en el que le explica las razones por las que no desea ser reintervenido en ese centro, solicitando que la intervención que debe realizársele en la cadera derecha se haga en el centro concertado que especifica.

Considera que se produjo "una falta absoluta de información al paciente (...) al no haberle hecho partícipe de que iba a ser intervenido (...) sin llevar a cabo el preceptivo cálculo preoperatorio, absolutamente preceptivo y necesario", así como "una mala praxis médica, habida cuenta las consecuencias que la intervención tuvo para el compareciente".

Sobre la cuantificación del daño, pone de manifiesto que por encontrarse pendiente de otra operación "el cálculo que ahora se realice (...) tendrá carácter aproximativo", y cifra la indemnización que solicita en veintiún mil quinientos treinta y ocho euros con cuarenta y cuatro céntimos (21.538,44 €), que desglosa en los siguientes conceptos: perjuicio personal moderado, 20.485,92 €, y perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida, de carácter grave, 1.052,52 €, "más los intereses legales desde la fecha" de la primera cirugía, "así como de aquellos otros importes que en concepto de daños y perjuicios no son susceptibles de ser cuantificados en este momento" y que "se determinarán cuando esto sea posible".

Junto con la reclamación, aporta: a) Informe de alta de la primera operación, de 29 de junio de 2017. b) Informe de consulta de 2 de julio de 2017 de la Fundación Hospital "Z". c) Escrito presentado el 13 de julio de 2018 en el Hospital "Y" en el que solicita ser atendido en la Fundación Hospital "Z", y respuesta del Jefe del Servicio correspondiente.

2. Mediante oficio de 7 de agosto de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. El día 13 de septiembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, el plazo máximo de resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

4. Con fecha 20 de septiembre de 2018, la Fundación Hospital "Z" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del paciente en soporte digital, y con esa misma fecha el Hospital "X" le traslada el informe del Servicio concernido y una copia de la historia clínica también en soporte digital.

Mediante oficio de 1 de octubre de 2018, la Fundación Hospital "Z" envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe elaborado por el Servicio que practicó la segunda intervención quirúrgica, y ese mismo día la Gerencia del Área Sanitaria IV le traslada una copia en papel de la historia clínica del enfermo y el informe del Servicio correspondiente del hospital frente al que se reclama.

5. Con fecha 27 de noviembre de 2018, a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emite informe una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro. Tras analizar el proceso asistencial, concluye que "la complicación surgida tras la intervención se encuentra contemplada en el (consentimiento informado) firmado por el paciente, sin que ello haya supuesto la infracción de la *lex artis*./ Por ello, la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y (...) correspondería desestimar la reclamación".

6. Mediante escrito notificado al interesado el 17 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 18 de enero de 2019, el perjudicado presenta un escrito en el que solicita una "copia completa y foliada" del expediente administrativo, "así como

que se me conceda una ampliación en 7 días más del plazo de 15 días inicialmente conferido”.

Con fecha 21 de enero de 2019, comparece en las dependencias administrativas un representante del interesado, que presenta poder notarial otorgado a su favor por el reclamante, y se le hace entrega de un CD que contiene una copia del expediente. En la diligencia extendida a estos efectos se deja constancia de que resta por entregar el CD n.º 35 que forma parte de la historia.

7. Mediante oficio de 22 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la concesión de “una ampliación de plazo de 8 días”, y con fecha 24 de enero de 2019 se le entrega al representante del interesado el CD n.º 35 del expediente de responsabilidad patrimonial.

8. El día 8 de febrero de 2019, el reclamante presenta un escrito en el que solicita que “se suspenda el plazo conferido para evacuar el trámite de audiencia” en tanto no se le haga entrega de una copia “completa, compulsada y foliada de las anotaciones clínicas de los facultativos -médicos- que han atendido al compareciente (...), habida cuenta (que) solo se han facilitado las anotaciones y curso clínico llevados a cabo por el personal de enfermería”; de “la totalidad de las radiografías con la escala en las que conste la valoración en centímetros/milímetros de la disimetría padecida tras ser intervenido”, del “informe del Servicio de Radiología del hospital (...) donde fue intervenido (...) por primera vez en el que conste la relación de altura del centro de la cabeza femoral izquierda con relación al vértice superior del trocante mayor, así como la distancia lateral al eje diafisiario de su fémur izquierdo, haciendo constar la fecha en la que fue llevada a cabo”, y de la “carta elaborada y remitida (...), de la que no consta incorporada copia (...), y contestación”.

9. El día 20 de febrero de 2019, el interesado presenta un escrito de alegaciones. En él afirma, en primer lugar, que se ha producido una

“vulneración del artículo 24 de la CE y de los apartados 2 y 5 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, dado que no se dio respuesta a su solicitud de práctica de determinadas pruebas.

A continuación analiza el informe pericial aportado a instancia de la compañía aseguradora, y afirma que su autora no es especialista en la materia, “razón por la cual sus consideraciones y conclusiones han de ser descartadas de plano; máxime cuando su único sustento es el informe emitido (por el facultativo que realizó la intervención quirúrgica), parte igualmente interesada”. Además, el informe se realizó “sin reconocer” al compareciente, lo que considera “totalmente obligado para emitir un informe al que se atribuye la condición de dictamen médico pericial”.

En cuanto al informe elaborado por el responsable de la operación, niega haber conocido que el hospital careciera de plantillas para efectuar la medición, y destaca que el propio doctor reconoce haber implantado la prótesis “sin realizar la `medición preoperatoria´”, y que ese dato no figura en el consentimiento suscrito. Añade que “sí existía la posibilidad de realizar el plantillado digital en el centro hospitalario, dentro del área quirúrgica donde se encuentra instalado el correspondiente ordenador”. Reitera que considera “totalmente imprescindible la medición preoperatoria”, y apela a un trabajo doctrinal propio en el que colaboró el facultativo que ahora practicó la operación sobre la importancia de esa medición, por lo que considera “que la actuación (de quien realizó la intervención) resulta inexcusablemente contraria a la *lex artis*, tanto porque no informó al paciente de que no iba a realizar medición preoperatoria alguna, de lo que es prueba el consentimiento informado, donde no se mencionan tales extremos, como porque su proceder resulta ser contrario al criterio científico que respalda la ‘Academia Americana de Cirugía Ortopédica’ (...), el cual fue traducido al español por el hoy reclamante, y que es sobradamente conocido para (quien le operó), dado que lo allí expuesto formaba parte del protocolo de actuación que se seguía en la Unidad Clínica del Servicio de (Traumatología) del hospital” que cita, “donde ambos facultativos coincidieron”.

Niega que el resultado posoperatorio fuera normal, como afirma el facultativo que realizó la primera cirugía, pues en “los controles radiográficos inmediatos a la intervención se objetivó que la prótesis -puesta muy alta- tendía a encajar, reduciendo así la hipermetría que padecía”, y reitera que no conocía la información respecto a la falta de medición y que “jamás llegó a imaginar que (quien la practicó) actuaría de forma contraria a la *lex artis*”, rechazando, por último, que la colocación del implante hubiera sido correcta, lo que “obligó a realizar el recambio del implante `a los cuatro meses´”.

Sobre el informe emitido por la Fundación Hospital “Z” (donde se llevó a cabo la segunda intervención), niega haber sufrido un aflojamiento del vástago, y sostiene que lo que realmente sucedió es que la prótesis “nunca estuvo fija, falló la denominada `fijación primaria´, absolutamente necesaria para la osteointegración del componente femoral”, exponiendo a continuación las razones técnicas que considera se acreditan en las radiografías de control que especifica, y señala que el informe pone de manifiesto que en la segunda operación el implante “no se hundió como había sucedido anteriormente impidiendo así su fijación”.

Finalmente, reitera las consecuencias de la infracción de la *lex artis* en la primera intervención e insiste en que le resulta imposible “cuantificar con carácter definitivo el importe de la indemnización que se solicita”, si bien reitera la cuantificación, con “carácter exclusivamente aproximativo”, ya indicada en su escrito de reclamación, que asciende a 21.538,44 €.

Según se desprende del expediente remitido, el día 18 de ese mismo mes el interesado habría presentado una copia del trabajo denominado “Artoplastia total de la cadera primaria. Optimización de resultados en función del acto médico”.

10. Con fecha 22 de febrero de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios acuerda denegar las cuatro pruebas propuestas por el interesado. Entre otras consideraciones, afirma que “en las radiografías realizadas tras la intervención no se aprecia disimetría, produciéndose esta posteriormente por el hundimiento del vástago”, y que “el Servicio de

Radiología del (hospital donde se efectuó la operación cuestionada) no realizó este tipo de mediciones, ya que no existían plantillas”.

11. El día 27 de noviembre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella argumenta que “la asistencia fue conforme a la *lex artis*. El paciente conocía los riesgos de la intervención por dos motivos, primero porque firmó el documento de consentimiento informado donde se describen los mismos -en el apartado 5.g) se señala como complicación el `aflojamiento de la prótesis´ (...) - y por su condición de especialista en Traumatología. El paciente eligió el tipo de prótesis que se le iba a implantar conociendo la imposibilidad de medición preoperatoria. Tras la intervención, estando todavía ingresado, sufrió una agudización del síndrome del túnel carpiano derecho (nota de progreso del 27-03-2017) y en el izquierdo ya había sido intervenido quirúrgicamente antes de la colocación de la (prótesis total de cadera)”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de marzo de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del

Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 3 de agosto de 2018, habiendo tenido lugar el alta de la intervención quirúrgica controvertida el 29 de marzo de 2017, por lo que cabría cuestionarse la temporalidad del ejercicio de la acción. No obstante, consta en el expediente que el interesado se sometió a una segunda operación el día 3 de julio de 2017, y del informe de seguimiento de esa segunda cirugía se desprende que “siguió realizando revisiones en consultas externas (...) a los tres, seis meses y año de la cirugía”, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las

especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, a la vista de la repercusión que la fijación de determinadas circunstancias pueda tener en la resolución de la responsabilidad patrimonial instada, este Consejo Consultivo considera que la instrucción del procedimiento no cumple con la finalidad que le es propia. En efecto, tal y como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictámenes Núm. 156/2016 y 176/2018), la finalidad de la instrucción del procedimiento no es otra que la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada. Por ello, al término de la instrucción deberán estar claros los hechos y las circunstancias en las que se produjo el daño que da lugar a la reclamación, con arreglo a los cuales habrá de pronunciarse la resolución. Así lo establece el artículo 75 de la LPAC, que encomienda al instructor la práctica de “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”.

De acuerdo con el principio de oficialidad que rige el procedimiento (artículo 71 de la LPAC), la labor del instructor ha de ser la de traer al expediente toda la información que pudiera resultar necesaria para decidir el asunto, y por ello el artículo 77.2 de la propia Ley dispone que, “Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”. Esta labor de indagación ha de ejercerse con la finalidad de garantizar el acierto de la resolución que finalmente recaiga, para lo cual resulta imprescindible conocer la realidad de las circunstancias, planteadas o no por los interesados, que pudieran tener trascendencia en la decisión final.

En el caso concreto que examinamos existen dos discrepancias fundamentales en orden a la resolución del procedimiento entre lo que indica el interesado y lo que se concluye en la propuesta de resolución que, a juicio de este Consejo, no han sido suficientemente analizadas, lo que impide nuestro pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Primeramente, en la propuesta de resolución se argumenta la desestimación de la reclamación sobre la base de dos asertos de diferente naturaleza: de un lado, se indica que “la asistencia fue conforme a la *lex artis*” y, de otro, que el paciente conocía los riesgos, en concreto el de “aflojamiento de la prótesis”, porque suscribió el documento de consentimiento informado que lo recoge y “por su condición de especialista en Traumatología”. Sin embargo, tanto en su escrito inicial como en el de alegaciones el perjudicado -que resulta ser un cualificado especialista en la materia- afirma, frente a lo expuesto por el Servicio interviniente, que nunca se puso en su conocimiento la imposibilidad de realizar la medición preoperatoria (por lo que no pudo consentir en ello), y que la necesidad de efectuar esa medición resulta obligada conforme a los postulados de la *lex artis*. A ello añade en su escrito de alegaciones que, en contra de lo que sostiene el Servicio actuante, sí resultaba posible realizar el “plantillado” con los medios informáticos con los que contaba el hospital en el momento de la operación.

Es bien sabido que el consentimiento informado no ampara la realización de actos contrarios a la *lex artis*, y por ello, con independencia de que el aflojamiento de la prótesis esté contemplado como un riesgo en el documento de consentimiento suscrito, si se prueba que la intervención no se llevó a cabo con respeto al canon de la *lex artis* su firma no alcanza a exonerar la responsabilidad patrimonial en la que se habría incurrido.

En el asunto examinado existe consenso sobre el hecho de que el propio paciente eligió el modelo de prótesis (lo asume él mismo en el trámite de audiencia), y también respecto al dato de que no se realizó el “emplantillado” previo a la intervención, como denuncia el interesado y reconoce el Servicio interviniente. Sin embargo, al finalizar la instrucción del procedimiento coexisten informes periciales contradictorios sobre el alcance de la *lex artis* en este tipo de operaciones pues el paciente -traumatólogo jubilado, que justifica

incluso la publicación de un trabajo sobre esta concreta cuestión- sostiene que el “plantillado” resulta de obligatoria realización, mientras que el Servicio actuante no lo considera “imprescindible”. Pero, más allá de esta controversia técnica (que podría tener suma relevancia en función de los datos que finalmente se consideren probados), existen otras dos cuestiones de índole fáctica, íntimamente relacionadas, a las que tampoco se da una respuesta adecuada. De una parte -como ya hemos expuesto-, el perjudicado niega expresamente haber sido informado de la imposibilidad de realizar ese tipo de medición preoperatoria, y, sin embargo, el Instructor del procedimiento lo considera acreditado en su propuesta de resolución con base en la mera declaración del médico interviniente. Y de otra (aunque acaso de menor trascendencia), queda sin responder si -como afirma el perjudicado- el hospital disponía de medios informáticos para efectuar esa medición técnica.

En definitiva, este Consejo Consultivo considera que la instrucción del procedimiento debe incorporar elementos de prueba que analicen si la *lex artis* en este tipo de intervenciones exige o no la realización de las mediciones preoperatorias cuestionadas, así como el alcance de la información prestada al interesado que integra el documento de consentimiento informado que suscribe. Sobre esta segunda cuestión, estimamos relevante lo que manifiesta el facultativo que practicó la intervención cuando señala (sobre la ausencia de plantillas para la prótesis concreta) que había aconsejado al ahora reclamante “hablar con el representante (de la empresa distribuidora de la prótesis), el cual era colaborador suyo en su época de traumatólogo y él mismo le confirmó la imposibilidad de hacer medición preoperatoria”.

En consecuencia, consideramos que ha de retrotraerse el procedimiento a fin de que se incorpore al expediente la siguiente documentación: declaración testifical del “representante” de la firma de prótesis a la que se alude en el informe del facultativo que efectuó la intervención con la finalidad de averiguar el alcance de la posible información que prestó al reclamante, informe pericial que detalle si -como afirma el perjudicado- el hospital disponía o no de los medios técnicos para realizar el “emplantado digital” y un informe pericial elaborado por un especialista ajeno a la concreta actuación sanitaria que se

analiza que se pronuncie respecto a si conforme a la *lex artis* resulta imprescindible o no realizar la medición preoperatoria de la prótesis que se cuestiona.

Incorporada dicha documentación al expediente, una vez evacuado el correspondiente trámite de audiencia y formulada otra propuesta de resolución, habrá de instarse nuevamente el dictamen de este órgano.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda señalado en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.