

Dictamen Núm. 48/2020

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 11 de marzo de 2020, 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 20 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 27 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 infección del material protésico implantado en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de diciembre de 2018, la interesada presenta en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias.

En ella señala que en el año 2011 se le implantó una prótesis en su rodilla izquierda y que desde entonces se le han realizado “cirugías de revisión por infección del material protésico, con dolores y limitaciones de movilidad. Las

complicaciones en la herida quirúrgica han sido incesantes, y ha precisado continuas curas por defecto de cierre de la misma”.

Describe a continuación, y documenta a través de un informe del Servicio de Traumatología del Hospital, el ingreso hospitalario de 20 de noviembre de 2016, en el curso del cual le fue diagnosticada una “infección tardía de prótesis total de rodilla izquierda por *Staphylococcus epidermidis*”, de la que fue intervenida el 24 de noviembre de 2016, y a la que siguió otra operación el 3 de marzo de 2017 en la que se le practica una “artrodesis de rodilla izda.”, tras la cual -según consta en el informe clínico de consultas externas del Hospital de 7 de julio de 2017- “sufrió complicaciones de la herida quirúrgica, y a fecha de hoy sigue precisando curas por defecto de cierre de la misma”.

Tras dejar constancia de las dificultades que para la vida diaria le supone el estado físico que presenta en la actualidad, al que asocia un daño moral, señala que al no disponer de “informe de alta aún no es posible evaluar las consecuencias económicas”, a pesar de lo cual cuantifica los daños y perjuicios sufridos en la cantidad total de nueve mil quinientos treinta y dos euros con ochenta céntimos (9.532,80 €).

2. Mediante oficio de 13 de febrero de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Obra incorporada al expediente una copia de la historia clínica de la paciente y un informe emitido el 2 de mayo de 2019 por la Jefa de la Sección de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital En este último, tras reseñar las intervenciones que se le efectuaron a la reclamante desde el 7 de noviembre de 2011, se indica que “en la última revisión (4-4-2018) en consultas externas de la extremidad inferior izda. la paciente presenta buena evolución, pero como consecuencia de la artrodesis de rodilla izda. (...) sufre las lógicas restricciones para la movilidad necesaria en múltiples actividades básicas de la vida diaria”.

4. El día 31 de mayo de 2019, el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios emite un informe técnico de evaluación sobre la reclamación formulada. En él se recoge que “la cirugía efectuada el 03-03-2017, artrodesis rodilla izquierda, por la propia definición de la misma, y tal como recoge el consentimiento informado firmado por la paciente, consiste en la obtención del bloqueo del movimiento de una articulación mediante la cirugía. Para obtener dicho fin se necesita quitar las superficies de deslizamiento (cartílagos) de los huesos a fijar, su puesta en contacto y su mantenimiento mediante tornillos, placas, fijadores o yeso hasta que se obtenga la unión./ Dentro de las consecuencias seguras de dicha intervención, el consentimiento informado recoge que la principal es la pérdida definitiva de su movimiento, que compensará en parte con el movimiento de las articulaciones adyacentes./ En la descripción de los riesgos típicos, el referido consentimiento informado señala los generales de toda intervención quirúrgica: infección, hemorragia, lesión nerviosa”.

Señala que, de acuerdo con la literatura médica que se cita, “la incidencia de infección en prótesis primaria oscila en torno al 2 %, siendo mayor en artroplastias de revisión, ya que la intervención sobre una articulación con antecedente de artroplastia previa ha sido identificado como un factor de riesgo relacionado con la infección. El tratamiento de dichas infecciones supone una gran morbilidad, hospitalización prolongada y una media de 3,7 intervenciones/paciente, y las reinfecciones pueden tener una mortalidad del 3-18 %”.

5. Mediante escrito notificado a la interesada 12 de junio 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.

El día 18 de junio de 2019 comparece un representante de la interesada en las dependencias administrativas, debidamente acreditado al efecto mediante escritura de apoderamiento que queda incorporada al expediente, y se le hace entrega de un CD que contiene una copia de la documentación incorporada a aquel.

Con fecha 26 de junio de 2019, la interesada presenta en el Registro General de la Delegación del Gobierno de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reitera en el contenido de su reclamación.

6. El día 16 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas, asumiendo la argumentación recogida en el informe técnico de evaluación, formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de agosto 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 entonces 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 (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada 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 28 de diciembre de 2018, y si bien en ella la interesada cuestiona la asistencia recibida a lo largo de un proceso que se remonta al año 2011, reprocha de manera principal los resultados de la intervención que se le practicó el 3 de marzo de 2017. Centrados en esta operación, consta acreditado en el expediente que con posterioridad a la misma la reclamante precisó de ulteriores curas en la herida quirúrgica, no siendo hasta el 17 de enero de 2018 cuando es informada en consulta de que la herida ha cerrado. Así las cosas, y tomando como referencia esta última fecha, hemos de concluir 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 del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis

meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 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 aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad

patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En la presente reclamación, la interesada -una mujer a la que el 7 de noviembre de 2011, cuando contaba con 77 años de edad, le fue realizada una artroplastia en su rodilla izquierda, seguida de otras dos intervenciones en la misma rodilla el 24 de abril de 2014 y el 24 de noviembre de 2016- reprocha al servicio público sanitario el resultado de una cuarta intervención, en concreto una “artrodesis rodilla izquierda mediante clavo cementado” que se le practicó en el Hospital el día 3 de marzo de 2017. Cuestiona tanto el fracaso terapéutico, por infecciones, de la tres primeras operaciones como el hecho de que a raíz de la cuarta -la efectuada el 3 de marzo de 2017- padezca “una reducción considerable” de sus “facultades para las tareas elementales de la vida diaria, ya lastrado desde el año 2012 (*sic*)” en que inició “el malogrado proceso quirúrgico”.

Admitido por la Jefa de la Sección de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital que “como consecuencia de la artrodesis de rodilla izda. la paciente sufre las lógicas restricciones para la movilidad necesaria en múltiples actividades básicas de la vida diaria”, podemos dar por acreditada la realidad de un daño efectivo.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como viene señalando este Consejo Consultivo (entre otros, Dictamen Núm. 162/2018), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

A los expresados efectos, observamos que en el asunto que nos ocupa los reproches sobre los que la interesada hace descansar su reclamación -tanto el fracaso, por infección, de las intervenciones a las que fue sometida el 7 de noviembre de 2011, el 24 de abril de 2014 y el 24 de noviembre de 2016, como las "restricciones para la movilidad" que padece en la actualidad tras la cuarta operación, una artrodesis de rodilla izquierda que se le practicó el 3 de marzo de 2017-, aparecen desprovistos de una mínima carga probatoria en

forma de dictamen médico-pericial que avale tales afirmaciones a los efectos de construir con base en las mismas una supuesta infracción a la *lex artis* en la asistencia prestada.

Tal modo de proceder, que -como hemos advertido en casos similares (por todos, Dictamen Núm. 181/2019)- supone construir la reclamación en vía administrativa con base en vagas imputaciones que solamente serían concretadas y probadas, en su caso, ante ulteriores instancias, resulta cuando menos reprobable en cuanto que implica privar tanto a la Administración frente a la que se reclama como a este Consejo de un análisis completo de las cuestiones que suscita la acción de responsabilidad. En las condiciones expuestas, esta total indeterminación y carencia absoluta de elemento probatorio alguno en orden al establecimiento del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario resulta de por sí suficiente para concluir que en el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad, cuya existencia es inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

Por lo demás, los diferentes informes incorporados al expediente, tanto el elaborado por el servicio afectado como el informe técnico de evaluación emitido por el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, únicos soportes probatorios puestos a disposición de este Consejo Consultivo y sobre los cuales ha de formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la atención prestada a la reclamante, coinciden en considerar como acorde a este parámetro la asistencia sanitaria recibida por la paciente a lo largo de todo el proceso.

A mayor abundamiento, las "restricciones para la movilidad" que la interesada anuda causalmente a la "artrodesis" que se le realizó el 3 de marzo de 2017 en su rodilla izquierda en modo alguno pueden ser conceptuadas -como parece insinuarse- como expresión de una pretendida, pero no demostrada, infracción a la *lex artis*. Al contrario, las "restricciones para la movilidad" no pasan de constituir la materialización de la "consecuencia segura" -una "pérdida definitiva" del movimiento de esta rodilla- que resulta consustancial al procedimiento utilizado -una "artrodesis articular"-, tal y como

con total claridad se describe en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente el 25 de enero de 2017.

No apreciando la concurrencia de infracción alguna a la *lex artis ad hoc* a lo largo de la asistencia que le fue prestada a la paciente por el servicio público sanitario, la reclamación debe ser desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,