

Dictamen Núm. 53/2020

**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 19 de marzo de 2020, por medios telemáticos, 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 30 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 4 de octubre de ese año-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de una infección hospitalaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 10 de octubre de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la asistencia recibida en un hospital público.

Tras exponer el curso clínico de los hechos, denuncia que “a consecuencia de la colocación de material de osteosíntesis” sufrió “numerosas intervenciones quirúrgicas e ingresos hospitalarios, así como osteomielitis crónica por SAMR (en el ámbito hospitalario) en calcáneo derecho, fistulectomía e injerto músculo-cutáneo, teniendo como secuelas dolores continuos y secuelas funcionales de limitación de carga de la extremidad y (...) alteración importante para deambulación, sin ser posible un tratamiento curativo y sin ser informado en ningún momento de las consecuencias adversas” que padeció.

Señala que “a fecha actual persisten los dolores” y tiene “la pierna izquierda más corta”, habiéndosele “informado de que la lesión está cicatrizada y no es posible una operación quirúrgica”.

Aunque indica que no es posible efectuar la evaluación económica de los daños y perjuicios en ese momento, fija la pretensión resarcitoria, “a efectos cautelares”, en trescientos mil euros (300.000 €).

Como medios de prueba, interesa que se incorpore al expediente su historia clínica completa obrante en el Hospital “X” y en el “Y”, así como en Atención Primaria.

Adjunta diversa documentación clínica relativa al proceso de referencia.

**2.** Mediante oficio de 18 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

**3.** El día 30 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 13 de noviembre de 2019 el Área de Reclamaciones y

Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del paciente en formato electrónico.

Asimismo, el 27 de noviembre de 2018 la Gerente del Área Sanitaria VII le envía un CD que contiene la documentación solicitada al Hospital "X", incluyendo una copia de la historia clínica del paciente y un informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología el 11 de noviembre de 2018. En este último, tras analizar detalladamente la asistencia dispensada, se concluye que "la actuación se ha ajustado en todo momento a la *lex artis*". Sostiene que "el daño no es imputable a la Administración (...), ni hay relación de causalidad (la infección es causada por una fractura abierta grado IIIA, con gran atrición tisular), no pudiendo establecerse de forma inequívoca que la infección haya sido producida por el actuar de los médicos y resto del personal sanitario, sino por la fractura en un paciente con una inmunodepresión previa grave".

**5.** Obra incorporado al expediente el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora por una facultativa -máster en Valoración del Daño Corporal- con fecha 28 de enero de 2019. En él se afirma que "la infección tanto de la herida quirúrgica como infección ósea quedan recogidas en el consentimiento informado firmado por el paciente con anterioridad a la intervención en la que se realizó osteosíntesis del calcáneo". Y defiende que "la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*".

**6.** Con fecha 9 de abril de 2019, se recibe un escrito de la compañía aseguradora en el que se alega la extemporaneidad de la reclamación. Indica que "el *dies a quo* se fecha el día 27 de marzo de 2017, ya que es el momento en que el reclamante conoce el alcance de los daños, habida cuenta de que en el informe del Servicio de Rehabilitación consta que no precisa ninguna medida específica. Además, se da el alta al paciente del Servicio de Rehabilitación en esa fecha. Es a partir de esta cuando debe comenzar el cómputo del plazo anual". Añade que también puede fijarse el *dies a quo* "el 3 de marzo de 2017,

o sea, cuando se produce el alta de Cirugía Plástica, mostrando las cicatrices buen aspecto sin signos de infección”.

**7.** Concluida la fase de instrucción del procedimiento, el 17 de abril de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Tras examinar el expediente, el 6 de mayo de 2019 presenta un escrito de alegaciones en el que se reafirma en el contenido de su reclamación inicial.

En cuanto a la extemporaneidad de la acción invocada por la entidad aseguradora, argumenta que “el servicio que se ha ocupado de mi proceso es el de Traumatología, y es este Servicio el que me da el alta el 4-6-2018. La reclamación fue presentada el 10-10-18, por lo que está claramente dentro del plazo anual”. Y apunta al hecho de que “es el Servicio de Traumatología el que realiza el pertinente informe sobre la reclamación”.

Por otra parte, denuncia que “el consentimiento informado que consta en el expediente para la osteosíntesis llevada a cabo el 16-03-15 (documento firmado el 13-03-15) es absolutamente genérico, sin que se indiquen en él mis riesgos personalizados ni los tratamientos alternativos./ Lo mismo se puede decir del consentimiento informado para la limpieza de herida quirúrgica llevada a cabo el 08-10-15”.

**8.** Mediante oficio de 8 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

**9.** Con fecha 3 de junio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas solicita a la Gerencia del Área Sanitaria VII una copia de los documentos de consentimiento informado para los procedimientos realizados el 5 de marzo de 2015 (tracción transcalcánea) y 10 de agosto de 2015 (extracción de material de osteosíntesis).

El día 13 de junio de 2019, la Gerente del Área Sanitaria VII le comunica que solo tienen el consentimiento informado de anestesia de la cirugía de 5-3-2015 (que se adjunta). Con relación a la cirugía de 10-8-2015 tienen "en Selene generado el consentimiento informado (se adjunta) pero no tenemos el documento digitalizado con su firma".

**10.** Mediante oficio notificado al interesado el 5 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura de un segundo trámite de audiencia, adjuntándole una copia de los nuevos documentos incorporados al expediente.

El 25 de julio de 2019, el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que pone de relieve que "no constan en el expediente los consentimientos informados firmados de las intervenciones que se realizaron el 15-03-2015 y el 10-08-2015". Se ratifica en que "ha existido mala praxis por parte de la Administración sanitaria, así como ausencia de información, y que como consecuencia de todo ello me enfrento a las secuelas referidas, determinando la evaluación económica de los daños y perjuicios causados a efectos cautelares en la cantidad de 300.000 €".

**11.** Con fecha 31 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

**12.** El día 10 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En primer lugar, apunta a la extemporaneidad de la reclamación esgrimiendo los argumentos puestos de manifiesto por la compañía aseguradora.

En cuanto a la asistencia prestada, defiende que "fue correcta y adecuada a la *lex artis*" sobre la base de los razonamientos expuestos por el

Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y por la especialista que informa a instancias de la entidad aseguradora.

Sobre la ausencia de dos documentos de consentimiento informado, señala que “la actuación llevada a cabo de forma urgente el mismo día del ingreso (tracción transcalcánea) era la única alternativa posible al tratamiento, que se realizó con el fin de alinear los fragmentos óseos y con carácter previo a la osteosíntesis que se realizó posteriormente”.

En cuanto a la intervención realizada el 10 de agosto de 2015, respecto de la cual no se ha podido localizar el documento de consentimiento informado digitalizado con su firma, indica que “se trata de la retirada del material de osteosíntesis implantado en su día, procedimiento al que el paciente dio su consentimiento”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre 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 Salud, 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 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 como titular del servicio público sanitario.

**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”. La presentación de la reclamación el 10 de octubre de 2018, varios años después de la fecha en la que se produce la asistencia sanitaria que la motiva -marzo de 2015-, no determina su extemporaneidad, toda vez que nos encontramos ante un supuesto de daños de carácter físico a las personas que nos obliga a examinar -en este caso- cuándo tiene lugar la estabilización de las secuelas.

En la propuesta de resolución, siguiendo el criterio de la compañía aseguradora, se alude a la posible extemporaneidad de la acción al considerar como *dies a quo* el 27 de marzo de 2017, fecha en la que “el reclamante conoce el alcance de los daños, ya que en el informe del Servicio de Rehabilitación consta que no precisa ninguna medida específica, siendo dado de alta (...) en esa misma fecha (...). También podría considerarse el *dies a quo* el 3 de marzo de 2017, o sea, cuando se produce el alta por parte del Servicio de Cirugía Plástica, mostrando las cicatrices buen aspecto sin signos de infección”.

En contraposición a ello, el interesado defiende en su escrito de alegaciones que la acción ha sido ejercitada en plazo si tenemos en cuenta que el Servicio de Traumatología le da el alta el 4 de junio de 2018, y es precisamente este Servicio el que “se ha ocupado” de su proceso. Ciertamente, obra en el expediente un informe del referido Servicio, emitido el 4 de junio de 2018, en el que el especialista considera “estabilizado el proceso con secuelas funcionales de limitación de carga de la extremidad y (...) alteración importante para su deambulación”, por lo que “es alta en nuestro Servicio por este proceso”.

Asimismo, revisada la documentación incorporada al expediente se observa que el interesado aporta el informe de un centro médico privado al que, ante la persistencia de su dolencia, acude para realizar tratamiento rehabilitador desde el 3 de julio de 2017 hasta el 8 de junio de 2018, fecha en la que “se procede a alta médica por estabilización del cuadro, denotando mejoría a nivel de edema de la articulación (...), mejoría a nivel de la estabilidad y propiocepción. Evidente mejoría a nivel de ganancia muscular tanto en gemelos, sóleos, como en musculatura isquiotibial”.

Por ello, con anterioridad a la finalización del tratamiento rehabilitador desarrollado entre julio de 2017 y junio de 2018, no cabe inferir que el afectado tuviera conocimiento del alcance de la lesión, respecto de la cual se aprecia incluso una cierta mejoría. En definitiva, aunque el Servicio de Rehabilitación considerase en marzo de 2017 que el paciente “no precisa ninguna medida específica por nuestra parte”, no consta que este comunicado se tradujera en una información clara respecto a la irreversibilidad del daño; máxime teniendo en cuenta que las dudas que pudiera suscitar el cómputo del plazo no han de resolverse en perjuicio del reclamante al objetivarse ciertos avances con posterioridad a esa fecha. Por tanto, y de acuerdo con el principio de la *actio nata*, debemos entender que el reclamante acciona en plazo porque no conoce el alcance del daño hasta el mes de junio de 2018, cuando finaliza la rehabilitación en el centro privado y el Servicio de Traumatología del Hospital “X” le comunica que su proceso se ha estabilizado “con secuelas funcionales de

limitación de carga de la extremidad y (...) alteración importante para su deambulación”.

**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.-** Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se reclama una indemnización por los daños derivados de un cuadro infeccioso que el paciente atribuye a la colocación de material de osteosíntesis.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que en marzo de 2015 el reclamante sufrió una fractura de calcáneo derecho secundaria a un traumatismo que precisó osteosíntesis con placa y tornillos. La herida plantar presentó infección con una evolución tórpida, por lo que se

reintervino al paciente en agosto y octubre de 2015 para extraer el material de osteosíntesis y limpieza quirúrgica de la herida con el intento de controlar la infección. Con posterioridad presentó osteomielitis crónica que se resuelve mediante tratamiento quirúrgico en octubre de 2016, requiriendo tratamiento antibiótico durante 8 semanas y rehabilitación desde julio de 2017 hasta junio de 2018.

En consecuencia, la realidad del daño alegado ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de la valoración que proceda efectuar, en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 14/2020), 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 el 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 es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos, tiene la carga de acreditar tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En el caso que nos ocupa el interesado denuncia que ha existido “mala praxis por parte de la Administración sanitaria”, dado que se ha tenido que someter a “numerosas intervenciones quirúrgicas e ingresos hospitalarios”, sufriendo “osteomielitis crónica por SAMR (en el ámbito hospitalario) en calcáneo derecho, fistulectomía e injerto músculo-cutáneo”.

Estas imputaciones son refutadas en el minucioso informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, quien niega que se haya cometido un “acto imprudente o negligente”, como afirma el interesado. En primer lugar, señala que el paciente había sufrido una “fractura de calcáneo derecho por traumatismo de alta energía”, que según la clasificación de Gustilo y Anderson para fracturas abiertas “estaríamos en un grado IIIA (apertura de más de 10 cm, daño de partes blandas intenso, pero es posible la cobertura ósea con las partes blandas, grado de contaminación intenso e intensa conminución de la fractura)”. En cuanto al tratamiento, indica que “debe ir encaminado a reducir de forma anatómica las superficies articulares, en especial la subastragalina y restablecer la biomecánica del retropié y del complejo gastrosóleo”. Según la clasificación de Sanders, la fractura sería de tipo IV (en 4 fragmentos o fractura conminuta, producida por un impacto contra una columna cuando el paciente practicaba esquí), por lo que “no hay duda” en cuanto a la elección de “reducción abierta y fijación interna (la que se realizó en el paciente)”. Reseña que “de entrada se realizó tratamiento de la

herida, y tras comprobar la ausencia de infección se realiza la reducción abierta y fijación interna preferiblemente por abordaje lateral, de acuerdo con lo recogido en las guías más recientes de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología”. Pone de manifiesto, asimismo, que la demora media del procedimiento quirúrgico está en torno a los 12 días, plazo que en el supuesto examinado se redujo a 11 días.

En cuanto a la retirada del material de osteosíntesis por infección protésica, el Jefe del Servicio implicado explica que “la infección es una de las principales complicaciones de la cirugía del calcáneo, figurando entre los factores de riesgo el abuso de drogas, el tabaquismo prologando y la fractura abierta”. Y considera que no puede establecerse “de forma inequívoca” que la infección haya sido producida por la actuación del personal sanitario, sino por “una fractura abierta grado IIIA, con gran atrición tisular”, en un paciente con “una inmunodepresión previa grave”. En este caso no podemos obviar que consta en el expediente que el enfermo presentaba importantes factores intrínsecos relacionados con una mayor probabilidad de infecciones, como su adicción a las drogas por vía parenteral, con serología positiva para VIH, hepatitis B y C, y a tratamiento con antirretrovirales y con hepatopatía crónica.

Por tanto, aunque se admitiera el posible origen nosocomial de los procesos infecciosos que sobrevinieron al paciente en la fase posoperatoria, no es posible concluir -como sostiene el reclamante- que la infección por SAMR que presentó fuera debida a una mala praxis clínica.

Respecto a las infecciones hospitalarias, este Consejo viene manteniendo reiteradamente la misma postura que sostiene el Consejo de Estado cuando afirma que, “en el actual estado de la ciencia y de la técnica médicas, es imposible erradicar por completo el riesgo de que se produzcan infecciones nosocomiales, cualesquiera que sean las medidas profilácticas y preventivas adoptadas. Por el contrario, su incidencia es relativamente alta adoptando todas las medidas disponibles en el actual estado de la técnica. Siendo la obligación de la Administración sanitaria a este respecto una obligación de medios y no de resultado, lo que resulta exigible a aquella es proporcionar información

cumplida al paciente y cumplir estrictamente los protocolos de prevención y profilaxis, incluyendo obviamente la aplicación de las debidas medidas de asepsia” (entre otros, Dictamen 890/2008). Y así lo ha declarado recientemente el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias al señalar que “en materia de asepsia hospitalaria hemos de recordar que ha de acreditarse el estándar de cuidado y limpieza para evitar en lo técnica y humanamente posible las rebeldes infecciones hospitalarias, y que corresponde a la Administración sanitaria, bajo el principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) o por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado en su caso, justificar que ha cumplido con los protocolos de asepsia en el caso. Por lo expuesto ha de estarse al criterio del Tribunal Supremo que sintetiza” la Sentencia de 5 de octubre de 2010 cuando señala que “es claro 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 art. 139.1” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (equivalente al actual 34.1 de la LRJSP), “y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración” (Sentencia de 9 de octubre de 2017 -ECLI:ES:TSJAS:2017:3028-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única).

En el supuesto planteado, consta que el paciente sufrió “una fractura abierta grado IIIA” lo que, de suyo, comporta un mayor grado de contusión de las partes blandas, como son los vasos, los nervios y fundamentalmente los músculos y la piel, que implica una mayor sensibilidad a la contaminación bacteriana en un paciente cuya situación clínica, previa a la intervención quirúrgica, ya era además gravemente inmunodepresiva. Al mismo tiempo, los peritos informantes no aprecian vicio alguno en la profilaxis, habiendo informado el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología sobre la

administración de profilaxis antibiótica previa a la primera intervención -5 de marzo de 2015-, y constando que la colocación del material de osteosíntesis -16 de marzo de 2015- se llevó a cabo una vez comprobada la ausencia de signos de infección. Nada alcanza a oponer de contrario el reclamante, por lo que no se objetivan carencias en la adopción de las medidas de asepsia exigibles.

En todo caso, una vez producida la infección "el manejo ha sido el adecuado en todo momento y siempre ajustado a las guías" de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología, según defiende el Jefe del Servicio implicado. Así, revisada la historia clínica se constata que, una vez aisladas en el cultivo las bacterias causantes de la infección, se procedió a instaurar la terapia farmacológica procedente según antibiograma, ya que en "la mayoría de los casos se trata de una infección superficial sin contactar con el foco quirúrgico ni el material de osteosíntesis, respondiendo bien a medidas locales y antibioterapia dirigida". No obstante, en el caso analizado la evolución tórpida de la infección provocó la aparición de osteomielitis difusa, siendo lo indicado en estos casos "retirar el material y realizar un desbridamiento óseo agresivo, tal y como se hizo en este paciente el día 10-08-2015. Con posterioridad se realizó nuevo desbridamiento quirúrgico el 10-10-2015".

Sin perjuicio de lo anterior, debe significarse que, como apunta la especialista que informa a instancias de la entidad aseguradora, en el documento de consentimiento informado para osteosíntesis de fractura de calcáneo (folio 7 del documento 20 del CD 51) figuran, entre las complicaciones, la "infección de la herida operatoria", la "infección ósea profunda" y la necesidad de "una segunda operación para extraer el material colocado en la primera", así como el "acortamiento del miembro", la "pérdida de movilidad en las articulaciones próximas a la zona lesionada y pérdida de fuerza de los músculos del área". Por tanto, es evidente que el reclamante conocía los riesgos de someterse a la operación programada, y que la infección constituye la materialización de algunos de los riesgos típicos de la intervención practicada, recogidos en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente y analizados en la literatura médica.

Finalmente, fue necesario tratamiento el 26 de octubre de 2017 por el Servicio de Cirugía Plástica mediante “curetaje y colgajo músculo cutáneo”, con una “excelente evolución posoperatoria” (folio 211 de la historia Millennium). No obstante, el proceso se ha estabilizado con secuelas de limitación de carga de la extremidad y alteración importante para la deambulación. Al respecto, el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología pone de relieve que “está ampliamente recogido en la literatura médica que las fracturas de calcáneo, independientemente del método de tratamiento utilizado, son lesiones altamente incapacitantes a largo plazo, sobre todo las que afectan a las superficies articulares (...), secundarias a mecanismos de alta energía”, como es el caso que nos ocupa. Añade que “es conocido que las fracturas conminutas de calcáneo generan secuelas por afectar a las superficies articulares que más peso soportan del cuerpo y a la grasa infracalcánea, especializada en el soporte de las enormes tensiones que se generan en la marcha”. Por tanto, las secuelas funcionales que padece no pueden atribuirse a una negligente actuación del personal sanitario, sino a la evolución tórpida, pero posible, propia de este tipo de lesiones. En este punto conviene reiterar que el tratamiento quirúrgico indicado era el adecuado al tipo de fractura que presentaba, según los protocolos de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

Finalmente, el interesado reprocha en su escrito inicial que no fue “informado en ningún momento de las consecuencias adversas” que ha sufrido, y con ocasión del trámite de audiencia amplía esta imputación criticando la ausencia en el expediente del consentimiento informado para la intervención que se realizó el 05-03-2015 y la practicada el 10-08-2015 para la retirada del material de osteosíntesis. Al respecto, el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología replica que “en todo momento se le explicó al paciente la gravedad de la fractura que padecía y (...) los riesgos y se optó, de acuerdo con lo que se recoge en la literatura, por el tratamiento quirúrgico consistente en reducción abierta y fijación interna con placa de titanio de bajo perfil y tornillos mediante un abordaje lateral, para lo que el paciente dio su consentimiento

expreso". Añade que "ha estado informado en todo momento de su proceso", y que "se le entregó por escrito consentimiento informado de los riesgos de la actuación quirúrgica de forma previa a cada procedimiento quirúrgico según figuran en la historia clínica".

Por nuestra parte, en cuanto a la falta de consentimiento para la intervención efectuada el 5 de marzo de 2015 cabe señalar que, tal y como se recoge en la propuesta de resolución, "la actuación llevada a cabo de forma urgente el mismo día del ingreso (tracción transcalcánea) era la única alternativa posible al tratamiento, que se realizó con el fin de alinear los fragmentos óseos y con carácter previo a la osteosíntesis que se realizó posteriormente". Esta ausencia de consentimiento informado encuentra amparo legal en lo establecido en el artículo 9 de 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, a tenor del cual "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento", entre otros casos, "Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él" -apartado 2.b)-.

Por lo que respecta a la cirugía para retirar el material de osteosíntesis, la Gerente del Área Sanitaria VII comunica que tienen en "Selene generado el consentimiento informado (...) pero no (...) el documento digitalizado con su firma" (folio 79), y remite un documento fechado el 5 de agosto de 2015 (documento 31 del CD 80), anotándose ese mismo día en el curso clínico del paciente que "se entregan consentimientos" (folio 38 del documento 27 del CD 51).

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, la ausencia del soporte documental del riesgo no conduce automáticamente a la negación del consentimiento, cuya realidad puede acreditarse por distintos medios; sin embargo, ello supone invertir la carga de la prueba de que efectivamente se

proporcionó la información pertinente y se prestó el consentimiento, prueba de un hecho positivo que ha de aportar la Administración (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de abril de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:2506-, de la Sección 6.<sup>a</sup>, y más recientemente de 25 de mayo -ECLI:ES:TS:2011:3542- y 27 de diciembre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:9314-, ambas de la Sección 4.<sup>a</sup>-). También hemos señalado en ocasiones precedentes (entre otras, Dictamen Núm. 96/2018) que no cabe excluir *a priori* la eficacia del consentimiento verbal; ahora bien, la Administración ha de probar que se proporcionó la información adecuada al paciente, no resultando suficiente a tales efectos “la mera aceptación de la intervención -presumible por su carácter programado, pero carente de sentido informativo-”.

En el caso analizado, pese a que no obra en el expediente el consentimiento por escrito para la intervención realizada el 10 de agosto de 2015, resulta incontestable que el paciente era conocedor de los riesgos inherentes de la misma puesto que, como se advierte en la propuesta de resolución, previamente había consentido para la colocación de material de osteosíntesis. Es decir, esta cirugía presentaba unas complicaciones muy similares a las que se podían materializar en la operación para la extracción del mismo. De hecho, entre los riesgos descritos y asumidos en aquella primera intervención se encuentra contemplada expresamente la necesidad de “una segunda operación para extraer el material colocado”, lo que revela no solo un conocimiento del riesgo sino también la eventual necesidad de esa operación. Por tanto, a la vista de los datos disponibles en la historia clínica y de lo informado por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, consideramos que el paciente disponía de una información adecuada, y no mediando indicio alguno de su oposición a la cirugía de exéresis no puede ahora invocar un hipotético rechazo, pues esta segunda intervención es *de facto* uno de los riesgos asumidos al consentir la primera.

Sentado lo anterior, concluimos que el tratamiento era el indicado al tipo de lesión que presentaba el paciente (fractura conminuta), siendo las complicaciones infecciosas la materialización de riesgos típicos recogidos en el

documento de consentimiento informado suscrito por un paciente que presentaba factores de riesgo importantes (la propia condición de “fractura abierta” y la grave inmunodepresión previa de su estado clínico). Las secuelas tampoco se pueden atribuir a una mala praxis médica, sino a la complicada fractura sufrida por el enfermo, secundaria a un traumatismo mientras esquiaba, por lo que no se aprecia infracción de la *lex artis* y 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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.