

Dictamen Núm. 150/2020

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 18 de junio 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 7 de febrero de 2020 -registrada de entrada el día 12 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 día 21 de marzo de 2017 ingresó en el Hospital "X", diagnosticado de "coxartrosis: ptc. izquierda", para someterse a una artroplastia total de cadera izquierda, siendo dado de alta el 29 del mismo mes.

Indica que la "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 ello "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 del implante", lo que "trajo consigo (...) una marcha claudicante y limitación funcional, amén de causarle dolores incapacitantes en la cadera operada", siendo esto "objetivado" en la Fundación "Y" "mediante reconocimientos y pruebas radiográficas en fecha 21 de junio de 2017", donde es reintervenido sustituyéndose el vástago femoral, lo que "permitió observar la falta de osteointegración". Indica que de esta segunda intervención fue alta el 8 de julio de 2017, y que tras las sucesivas revisiones presenta "debilidad glútea izquierda con signo de Trendelenburg leve". Afirma que después de una breve marcha "presenta pérdida de fuerza por fatiga muscular progresiva", lo que 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, reseña que remitió un escrito al Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital “Z” en el que le explica las razones por las que no desea ser reintervenido en ese centro, solicitando que la operación 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 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” le ocasionó.

Sobre la cuantificación del daño, pone de manifiesto que por encontrarse pendiente de otra cirugía “el cálculo que ahora se realice (...) tendrá carácter aproximativo”, y cifra la indemnización en veintinueve 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 €, “así como de aquellos otros importes que en concepto de daños y perjuicios no son susceptibles de ser cuantificados en este momento”.

Junto con la reclamación aporta los siguientes documentos: a) Informe de alta de la primera operación, de 29 de marzo de 2017. b) Informe de consulta de 2 de julio de 2017 de la Fundación “Y”. c) Escrito remitido el 13 de julio de 2018 al Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital “Z” en el que solicita ser atendido en la Fundación Hospital “X” y respuesta del Jefe del Servicio correspondiente.

2. Mediante oficio de 7 de septiembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica 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.

3. El día 20 de septiembre de 2018, la Gerente de la Fundación "Y" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del paciente en soporte digital.

Con esa misma fecha, la Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le traslada una copia de la historia clínica del reclamante también en soporte digital y el informe del Servicio concernido del Hospital "X".

Mediante oficio de 1 de octubre de 2018, la Directora Médica de la Fundación "Y" le envía el informe elaborado por el Servicio que practicó la segunda intervención quirúrgica.

El día 11 de octubre de 2018, la Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia en papel de la historia clínica del enfermo y el informe del Servicio correspondiente del hospital al que se imputa la mala praxis.

4. 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. En él, 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 (...) infracción de la *lex artis*./ Por ello, la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*".

5. Evacuado el trámite de audiencia, el día 18 de enero de 2019 el perjudicado presenta un escrito en el que solicita una copia del expediente administrativo y "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, 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.

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

7. 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 (de 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 diafisario de su fémur izquierdo, haciendo constar la fecha en la que fue llevada a cabo”, y de la “carta elaborada y remitida” por el Servicio de Traumatología del Hospital “Z”, que no consta incorporada (...), y contestación” a la misma.

8. Con fecha 20 de febrero de 2019, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que afirma que se ha producido una “vulneración del artículo 24” de la Constitución “y de los apartados 2 y 5 de Ley 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública”, 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 subraya que su autora no es especialista en la materia, “razón por la cual sus consideraciones y conclusiones han de ser descartadas de plano”. Además, el informe se realizó “sin reconocer” al reclamante, 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 sabido 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´”, precisando 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´”, 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 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 “Y” (donde se llevó a cabo la segunda operación), 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, reseña que aún le resulta imposible “cuantificar con carácter definitivo el importe de la indemnización que se solicita”, reiterando la valoración, con “carácter exclusivamente aproximativo”, de 21.538,44 €.

9. 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”.

10. El día 27 de febrero de 2019, 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 (...) 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”.

11. Mediante escrito de 15 de marzo de 2019, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 26 de abril de 2019, emite dictamen en el que, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, estima procedente la retroacción del procedimiento al objeto de realizar nuevos actos de instrucción, incorporando 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 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.

12. El día 20 de agosto de 2019, el representante de la firma de prótesis manifiesta haber mantenido una conversación con el reclamante en relación con la intervención, en concreto sobre sus “características morfológicas y opciones de *offset*” y de la elección del “tantalio como mejor superficie porosa para la osteointegración. No recuerda haber hablado en ningún momento de plantillas”. Indica que “desde hace unos años las radiografías son digitales, con lo que las plantillas de acetato tradicionales no son válidas. Las empresas de prótesis suministran de manera gratuita un *software*, con todas las plantillas, específico para el equipo radiológico que utiliza el hospital”, desconociendo si el del Hospital “X” “tuvo posteriores actualizaciones”. Hasta el momento previo a la cirugía no supo “que ese modelo de prótesis no se encontraba dentro de los

disponibles”, dado que no es frecuente que “los comerciales” participen en las planificaciones.

13. Con fecha 21 de octubre de 2019 emite informe el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital “Z”. En él constata que “el uso de plantillas digitales para valoración preoperatoria de una prótesis total de cadera no está, en modo alguno, generalizado. No hay estudios clínicos, a día de hoy, que demuestren objetivamente menor tasa de errores que el procedimiento quirúrgico estándar./ La cirugía de prótesis total de cadera es un procedimiento rutinario con baja tasa de complicaciones graves y resultados muy satisfactorios”.

14. Evacuado un nuevo trámite de audiencia, el día 10 de enero de 2020 el perjudicado presenta un escrito en el que se reitera en los términos de su reclamación. Manifiesta su disconformidad con el informe del Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y señala que, de acuerdo con la declaración emitida por el responsable de la firma de prótesis, “ha de darse por probado que el Hospital “X” sí disponía del programa informático y las plantillas específicas”.

15. Con fecha 23 de enero de 2020, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que “en el presente caso la asistencia fue conforme a la *lex artis*. El paciente conocía los riesgos de la intervención” y “eligió el tipo de prótesis que se le iba a implantar, conociendo la imposibilidad de medición preoperatoria”.

Comparte la apreciación del Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de que “el uso de plantillas para valoración preoperatoria de una prótesis total de cadera no está, en modo alguno, generalizado. No hay estudios clínicos, a día de hoy, que demuestren objetivamente menor tasa de errores que el procedimiento quirúrgico estándar”. Añade que “prueba también

de que no existe una evidencia científica incontestable entre los profesionales sobre la utilidad de la realización de las plantillas con carácter previo para colocación de las prótesis es lo que señala el representante de la empresa comercializadora de la prótesis cuando afirma que `no he visto utilizarlas en ningún otro hospital de la red pública asturiana´ (...), y deja claro (...) que (en el caso del vástago de la prótesis no se encontraron las plantillas correspondientes al modelo concreto de la prótesis que se iba a implantar, circunstancia que si era conocida por el representante resulta bastante difícil que el reclamante lo desconociese, ya que habló con este del tipo de prótesis a colocar”.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2020, 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 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, constando en el expediente que el perjudicado fue reintervenido el 3 de julio de 2017 y que se encuentra pendiente de nueva cirugía por sobrecarga de la cadera derecha, que se anuda a la disimetría, por lo que se estima que acciona 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, 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 el interesado reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de una artroplastia de cadera.

Acreditada la efectividad del daño sufrido a la vista de la documentación clínica obrante en las actuaciones, hemos de reparar en que 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 sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 182/2019), 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para poder 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarias y disponibles, de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

También ha subrayado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ello ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto analizado, el reclamante alega que se le practicó la intervención quirúrgica "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”. Reseña que la situación elevada del implante con relación al nivel de resección del cuello ocasionó hipermetría del miembro inferior izquierdo, que “se redujo progresivamente debido al hundimiento del vástago por ajuste insuficiente dentro del fémur proximal, inestabilidad que impidió la consolidación ósea del implante” con la necesidad de reintervención y ulteriores consecuencias sobre su estado de salud. El interesado afirma que “sufrió una hipermetría en su miembro inferior izquierdo (casi 3 centímetros más larga su pierna), según el control radiológico -Rx- inmediato a la operación”.

Entrando en el análisis de estas imputaciones, con relación a esta última -la disimetría vinculada a la primera intervención-, frente a las manifestaciones del reclamante en tal sentido procede señalar que el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios constata que “en las radiografías realizadas tras la intervención no se aprecia disimetría, produciéndose esta posteriormente por el hundimiento del vástago”. Por su parte, en los informes del Servicio de Traumatología de la Fundación “Y”, que le practica la segunda operación, consta que el paciente presenta a la exploración un “acortamiento aparente de unos 2 cm de la extremidad intervenida” (informe de seguimiento de la consulta de 2 de julio de 2017), observándose que los diagnósticos preoperatorio y posoperatorio coinciden en apreciar “aflojamiento vástago PTC”, y refiriendo “extracción de componente femoral que está hundido y flojo” (informe quirúrgico de 3 de julio de 2017). En definitiva, a la luz de lo informado por los especialistas que directamente observan el implante ha de concluirse que el perjudicado no sufrió la hipermetría que achaca a la falta de plantillado preoperatorio, sino un acortamiento del miembro izquierdo por hundimiento del vástago.

Advertido lo anterior, la invocada omisión de cálculo preoperatorio, “necesario en orden a evitar posibles disimetrías y lograr el equilibrio de las

partes blandas”, no se materializó en la pretendida disimetría, afectando acaso a la “inestabilidad del vástago” cuyo aflojamiento condujo a una reintervención.

En particular, el reproche que se vierte sobre la actuación médica se reduce a que la prótesis “nunca estuvo fija, falló la denominada ` fijación primaria ´, absolutamente necesaria para la osteointegración del componente femoral”, tratándose entonces de un problema de consolidación ósea del vástago. Al respecto, no puede soslayarse que fue el propio paciente, en su condición de especialista, quien solicitó específicamente el material más favorable para la consolidación, lo que conduce a considerar que conocía o podía intuir la problemática -riesgo descrito- ante sus problemas de huesos por razón de edad. En efecto, según revela el representante de la firma de prótesis, mantuvo una conversación con el reclamante sobre las “características morfológicas” y la elección del “tantalio como mejor superficie porosa para la osteointegración”, y también el cirujano que le intervino confirma que “me pidió que le colocara un implante de tantalio de Zimmer que era en lo que más confiaba”, tal como se hizo.

En este contexto, el daño que se anuda a la invocada infracción de la *lex artis* -por omisión de la plantilla preoperatoria- solo puede ser el derivado del aflojamiento del vástago.

Admitido por el Servicio interviniente que las mediciones preoperatorias no se llevaron a cabo, pues no se contaba con las plantillas correspondientes al modelo concreto de la prótesis que se iba a implantar -y en la medida en que esa omisión pudiera hipotéticamente afectar a la consolidación ósea del vástago-, procede despejar si conforme a la *lex artis* resulta imprescindible o no la citada medición preoperatoria.

El perjudicado apela a un trabajo doctrinal propio sobre la importancia de esa medición aludiendo “al criterio científico que respalda la `Academia Americana de Cirugía Ortopédica ´”, 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". Al mismo tiempo, en el escrito que dirige al Jefe del Servicio del Hospital "Z" rehusando firmar el consentimiento para una nueva intervención deja constancia de que "me has ratificado telefónicamente (que) la implantación de la radiología digital en los hospitales" del Servicio de Salud del Principado de Asturias "ha dejado a los médicos sin la posibilidad de realizar la indispensable planificación radiológica preoperatoria requerida en cada paciente, tal como (se) acredita y recomienda en la numerosa bibliografía médica de la especialidad". En definitiva, de los datos obrantes en el expediente parece deducirse que el paciente -especialista ya jubilado- es defensor del uso de las plantillas a las que se acudía antes de la generalización de la técnica que las desplaza, cambio que parece haberse implantado en toda la sanidad pública asturiana.

El representante de la comercializadora de plantillas es testigo de esa evolución y aclara que "desde hace unos años las radiografías son digitales, con lo que las plantillas de acetato tradicionales no son válidas", suministrándose a los hospitales "un *software*, con todas las plantillas".

Las dudas se disipan a la luz del informe librado por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital "Z" el 21 de octubre de 2019. En él se constata que "el uso de plantillas digitales para valoración preoperatoria de una prótesis total de cadera no está, en modo alguno, generalizado. No hay estudios clínicos, a día de hoy, que demuestren objetivamente menor tasa de errores que el procedimiento quirúrgico estándar", lo que explica su inexigencia conforme a los protocolos asumidos en la actualidad. Lo manifestado por el representante de la comercializadora de prótesis abunda en esa dirección al afirmar que "no he visto utilizarlas en ningún otro hospital de la red pública asturiana", concluyendo el técnico que rubrica la propuesta de resolución que "no existe una evidencia científica incontestable entre los profesionales sobre la utilidad de la realización de las plantillas con carácter previo para colocación de las prótesis".

Advertido que la falta de uso de plantillas o mediciones como las pretendidas por el reclamante no constituye una vulneración de la *lex artis*

conforme a los protocolos vigentes, procede examinar la idoneidad del consentimiento prestado por el paciente.

El perjudicado aduce “una falta absoluta de información (...) al no haberle hecho partícipe de que iba a ser intervenido (...) sin llevar a cabo el preceptivo cálculo preoperatorio”. Por su parte, el facultativo responsable de la intervención explica que el paciente “fue Jefe de Sección (...) donde yo ejercí de adjunto”, y señala que en el momento del preingreso ambos comentaron los pormenores de la intervención, lo que parece acorde al contexto y evidencia que el paciente tuvo acceso a una información más amplia y de contenido más técnico que la ordinaria. Reseña el cirujano actuante que su antiguo compañero le pidió que le colocara un implante de tantalio de Zimmer y “yo le indiqué que dicho implante en este centro no se ponía de forma habitual y no había plantillas para realizar la medición aproximativa”, por lo que “podía hablar con el representante”, como efectivamente consta que hizo. De todo ello se deduce que no puede estimarse acreditado que se ocultara al reclamante la omisión del cálculo preoperatorio.

En cualquier caso, el documento de consentimiento informado -cuyo déficit es lo eventualmente resarcible- no desciende al desglose de la técnica empleada sino a los riesgos que conlleva, y extrañamente podría incluir la referencia al uso de plantillas cuando ni siquiera se impone en el protocolo aplicable. Así queda de manifiesto en la carta por la que el reclamante rehúsa firmar el consentimiento para una nueva intervención, pues en la misma afirma ahora no aceptar las condiciones que se consignan en un similar documento de consentimiento informado “sin que exista la posibilidad de llevar a efecto la planificación preoperatoria que debe permitir la selección de los implantes y su correcta implantación”, lo que excede de aquel documento.

En definitiva debe concluirse, tal como advierte el técnico que suscribe la propuesta de resolución, que el paciente conocía los riesgos de la intervención “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”. Tal

como razonamos, es precisamente el aflojamiento de la prótesis la complicación que se materializó tras la cirugía, a la que sucedió una problemática que no se reprocha al servicio sanitario, por lo que asumido aquel riesgo por el paciente el daño no puede reputarse antijurídico.

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 2 de julio de 2020
EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.-