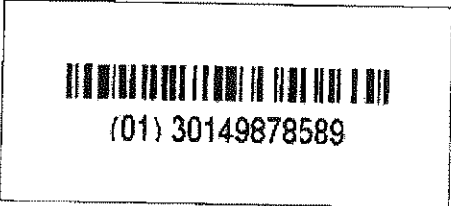


Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima
C/ Génova, 10 - 28004
33009750
NIG: 28.079.33.3-2011/0178270



Procedimiento Ordinario 673/2011

Demandante: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ

Demandado: [REDACTED]
NOTIFICACIONES A: PLAZA: CARLOS TRIAS BERTRAN, 0007 C.P.:28020 Madrid
(Madrid)

[REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

SENTENCIA N° 304/2014

Presidente:
Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS
Magistrados:
Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION
Dña. MARIA JESUS VEGAS TORRES
Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER
Dña. M^a DEL MAR FERNANDEZ ROMO

En la Villa de Madrid, a 14 de abril de 2014.

Visto el recurso contencioso administrativo número 673/2011 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por don [REDACTED] y doña [REDACTED] representados por el Procurador don Pedro Antonio González Sánchez y dirigidos por el Letrado don Luis Miguel Martín Batres, contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha de 20 de julio de 2010.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por la Letrado de sus Servicios Jurídicos doña [REDACTED] y codemandada la entidad "[REDACTED] [REDACTED]", representada por el Procurador don [REDACTED] y dirigida por el Letrado don [REDACTED]

NOTIF 29/ABRIL 14

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando sentencia en que se reconozca la responsabilidad patrimonial en la actuación de la Comunidad de Madrid condenando a la misma y a la entidad "[REDACTED]" a que indemnicen solidariamente a los recurrentes en la cantidad de [REDACTED] euros, en concepto de daños y perjuicios ocasionados, y condenando a la entidad aseguradora al pago de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con los demás efectos inherentes a esta declaración.

SEGUNDO.- La Administración demandada y "[REDACTED]" contestaron y se opusieron a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocaron, terminando por solicitar que se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso administrativo, con imposición de costas a la parte actora.

Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos, presentando posteriormente las partes sus respectivos escritos de conclusiones.

TERCERO.- Finalizada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 9 de abril de 2014, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación del proceso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don ██████████ y doña ██████████ han interpuso el presente recurso contencioso administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha de 20 de julio de 2010, para la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la defectuosa asistencia sanitaria en la intervención quirúrgica para la colocación de una prótesis total de cadera derecha, efectuada el 24 de mayo de 2004 en el Hospital Severo Ochoa de Leganés.

Se afirma en la demanda, en la que la pretensión indemnizatoria se fijó a la cantidad de ██████████ euros, que al efectuarse la colocación de la prótesis total de cadera a doña ██████████, nacida el 2 de enero de 1946, se le dejaron dentro varias gasas que produjeron una infección que dio lugar a que, dos años después de la intervención quirúrgica, hubieran de retirarse los implantes, por fracaso séptico, y ello pese a aquejar desde el principio dolor en la zona intervenida y habérsele hecho la revisiones prescritas por los médicos; dichas gasas no se detectaron hasta que, a raíz de ingresar el 28 de agosto de 2006 en el Hospital de Fuenlabrada por aumento de dolor y aparición de tumefacción fluctuante en el muslo, se objetivó en una ecografía una colección de morfología anfractuosa que llegaba a medir 6 cm en profundidad por 3 cm de ancho por 8 cm de longitud y que se extendía desde la piel del área palpable por el tejido celular subcutáneo y más en profundidad hacia planos musculares, pero sin poder identificarse correctamente su relación con el material protésico y con el hueso, presentando la colección contenido hiperecogénico en su interior (detritus, material infectado..).

Con el juicio clínico del fracaso séptico de prótesis total de cadera derecha, el 11 de septiembre de 2006 doña ██████████ se sometió a una intervención quirúrgica de extracción de implantes, desbridamiento, fistulectomía, osteomatía digástrica, y espaciador conformado, siendo dada de alta el día 21 de octubre de 2006 e ingresando el día 23 octubre

en el Hospital Virgen de la Poveda, donde permaneció hasta el 26 de febrero de 2007, en que reingreso en el Hospital de Fuenlabrada para ser intervenida de segundo tiempo de recambio séptico de la prótesis total de cadera derecha, dándosele de alta el 20 de marzo de 2007, en que se la remitió nuevamente al Hospital Virgen de la Poveda para convalecencia, donde permaneció hasta el 8 junio 2007 con el siguiente informe: *"buena evolución funcional, deambula sin ayuda ni dolor, con buena flexoextensión de caderas y rodillas, tendencia a genu valgo y talo valgo. Dado que el proceso séptico es muy satisfactorio, se decide el alta hospitalaria"*.

Con posterioridad, la paciente acudió reiteradamente al Hospital de Fuenlabrada para controles. Ingresó el 11 noviembre 2009 para laparoscopia por colelitiasis, siendo dada de alta el día 20, y acudiendo al hospital el siguiente día 23, por sangrado de herida.

El 24 febrero 2010 ingresó nuevamente en el Hospital de Fuenlabrada para recambio de la prótesis total de cadera derecha y, después de varias intervenciones quirúrgicas se consiguió extraer totalmente la prótesis el 26 de mayo sin que pudiera volver a reimplantarse al estar los huesos deteriorados a consecuencia de la infección.

Después del alta en el Hospital de Fuenlabrada, fue ingresada en el Hospital Virgen de la Poveda con secuelas definitivas.

Se afirma en la demanda que, además de faltar los consentimiento informados correspondientes a todas las intervenciones quirúrgicas, al dejar las gasas en el interior de la paciente se incurrió en una clara negligencia médica causante de la infección que obligó a retirar la prótesis e impidió que se pudiera implantar otra, lo que le ha causado daños y perjuicios consistentes en 421 días de ingreso hospitalario y otros 2.235 días improductivos, secuelas permanentes consistentes en la infección de cadera junto con las limitaciones en sus movimientos, incapacidad permanente para sus actividades ordinarias, y daños psicológicos, así como daños morales complementarios, necesidad de adecuar la vivienda actual, adaptación de vehículo y perjuicios familiares, especialmente para su esposo don J. [REDACTED]

██████████, consecuencias que los recurrentes no tienen el deber jurídico de soportar, por lo que han de serles indemnizadas.

La Comunidad de Madrid y la entidad "██████████
██████████" han solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, por considerar que la actuación de los servicios públicos sanitarios se han ajustado a la buena praxis médica.

SEGUNDO.- Conviene recordar que el artículo 106.1 de la Constitución Española dispone que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; esta previsión constitucional tiene su desarrollo normativo en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece: "*1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...)*".

Entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 se declaraba al respecto que "*la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer 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 los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el*

artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

En interpretación de la citada normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que <<(…) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la

Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)>>.

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial también viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico – sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso,

garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004 , con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

Atendidos la narración fáctica y los fundamentos de la demanda, y puesto que en ella se afirma mala praxis por pérdida de la oportunidad, al no haberse evitado el resultado lesivo mediante un diagnóstico temprano y correcto y el tempestivo y adecuado tratamiento médico, conviene citar también la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 septiembre de 2011, se recuerda que aquella definía la doctrina de la pérdida de la oportunidad en los siguientes términos:

<<Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia

que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)>> .

También la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por indebido retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que "*(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»".*

TERCERO.- Y a la vista de que en la demanda también se acusa falta de los consentimientos informados correspondientes a todas las intervenciones quirúrgicas realizadas a doña [REDACTED], hemos de hacer referencia a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria, recogido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, que dispone que "*el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de*

sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud", así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley, que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

<<Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

.../...Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008 , 25 de marzo de 2010 , rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan>>.

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión

de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencias 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Hemos de añadir a lo anterior que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información y consentimiento por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

CUARTO.- Tal y como se desprende de los términos en que se ha planteado el debate, y puesto que, frente a lo afirmado por la parte actora, se sostiene de contrario la correcta actuación de los servicios sanitarios de la Administración demandada, resulta preciso determinar si en este proceso se ha acreditado el defectuoso funcionamiento de dichos servicios y su relación causal con el daño padecido por doña [REDACTED] para lo cual hemos de examinar los elementos probatorios aportados al proceso y valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica -puesto que en nuestras leyes procesales no rige el principio de prueba tasada-, y aplicando, en su caso, las reglas sobre la carga probatoria establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el supuesto de autos parte de las cuestiones litigiosas son eminentemente técnicas, en cuanto pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la asistencia sanitaria fue prestada adecuadamente, y si el resultado final pudo evitarse empleándose medios y procedimientos distintos a los utilizados.

Resulta que, cuando para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver la litis, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso, el de la prueba pericial, estándose en el caso de que

en este proceso se ha practicado a instancia de los recurrentes una prueba pericial consistente en informe del perito judicial insaculado don Alejandro Sanz Alonso, Médico Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, Especialista en Cirugía General, Titulado en Traumatología, en Medicina Legal y Forense y Experto en Valoración del Daño Corporal.

Dicho informe se inicia indicando sus fuentes internas y externas, a lo que sigue un resumen de la historia clínica y consideraciones médico legales sobre el proceso que induce a una infección local tras una artroplastia de cadera y la evaluación del proceso seguido por doña [REDACTED] para continuar con las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- No se ha comprobado la existencia de cuerpos extraños, tipo compresa, gasa etc en el organismo de la Recurrente. Ni por pruebas diagnósticas, ni en las intervenciones quirúrgicas, que están documentadas.

SEGUNDA.- Si existen datos de infección primaria en la primera colocación de prótesis de cadera derecha en el Hospital Severo Ochoa, ya que parece existir datos de posible infección -se realizó cultivo de muestras biológicas, tratamiento antibiótico-

En dicho Hospital no se realizó- desconociendo el estado clínico de la enferma en ese momento- la apertura quirúrgica, ni la punción local de la zona afectada, para poder comprobar in situ si existía infección local profunda, y para comprobar/descartar si se daba esa circunstancia. Todo con el fin de poder drenar, lavar y tratar de forma adecuada una zona contaminada vs infectada.

TERCERA.- Durante un largo periodo de tiempo se tenía constancia del aflojamiento del acetábulo (parte de prótesis alojado en la pelvis). Hasta decidir con un tiempo alargado, ya cuando se tenía clara comprobación de la existencia de una infección en la zona de cadera derecha (existía drenaje de material con supuración franca). En actuar sobre la zona de prótesis. Con la extracción de la misma, colocando un espaciador, para poder posteriormente recolocar una nueva prótesis.

CUARTA.- Se espera el tiempo prudencial con tratamiento antibiótico, para volver a colocar nueva prótesis, la cual se retira por luxación recidivante, con posibles signos de mantener infección local, comprobando previamente una falta de hueso adecuado a nivel del acetábulo.

QUINTA:- Tras el largo periodo hospitalario, se retira todo el material protésico, dejando la cadera con una descripción según Girdlestone. Con lo cual se produce una neoarticulación entre las partes blandas, quedando sin articulación propiamente dicha, con acortamiento del miembro de hasta 11 cm, precisando un alza de unos 4-6 cm. Si mejora su situación de dolor en cadera, claudicando al caminar, con signo de trendelembur."

El perito doctor Sanz Alonso finaliza su informe contestando a las siete preguntas que los recurrentes plantearon en el escrito de proposición de prueba, en el sentido siguiente:

-No se ha podido comprobar la existencia de un gasas, compresas etc. en la zona quirúrgica, siendo descriptiva la definición de detritus, material infectado, en la ecografía, que se refiere a una alteración en los tejidos, que se desestructuran, por la infección. Con liquido inflamatorio, y restos necróticos propios de una colección infecciosa.

-No se ha detectado material extraño, sí se ha tardado en diagnosticar y tratar una infección local.

- Es difícil de calcular las consecuencias el retraso en el diagnóstico, pero sí se ha producido más padecimiento a la enferma, no pudiéndose aventurar qué habría ocurrido con un tratamiento adecuado en el momento oportuno.

- No se aprecia vulneración de la Lex Artis, pero sí parece darse un retraso en el diagnóstico y en el tratamiento posterior de la infección.

-Con la situación de retirada de prótesis, la enferma está sin Articulación de Cadera derecha (Girdlestone). Se hace una neoarticulación entre la partes blandas. Se produce un acortamiento del miembro inferior derecho que precisa alza en el zapato tras su medición. No tiene el dolor previo. Puede caminar con claudicación (trendelembur), pero, en general, sin ayuda de muletas, como mucho de un bastón de mano, habiéndose mejorado en general el cuadro infeccioso.

Una vez que se dio a las partes trámite para plantear al perito judicial aclaraciones a su informe, éste contestó por escrito a las que se le formularon por la parte actora y por la codemandada, informando, en esencia, que el retraso en el diagnóstico de la infección se produjo al corto periodo de tiempo, quizás desde la cirugía en mayo del 2004, existiendo en el mes de septiembre 2005 un informe relativo a anomalías en dicha prótesis, es decir, que la

prótesis ya tenía problemas desde prácticamente el postoperatorio inmediato, por lo que debió haberse planteado antes su revisión a fin de intentar mejorar a la paciente, a lo que añade el retraso fue inadecuado, pasando bastante tiempo entre prueba y prueba, pese a que cualquier infección debe de tratarse lo más precozmente posible, lo que no ocurrió en este caso, en que existía alteraciones en el cotilo que se comprobaron tardíamente; que doña [REDACTED] utiliza una silla de ruedas tras el proceso complicado sufrido, debido a que se suma una concausa previa de deterioro neuromuscular en el miembro afectado. Se señala, finalmente, que cuanto antes se realice el diagnóstico de la infección, existen más posibilidades teóricas de resolución, al empezar el tratamiento antibiótico adecuado, y que, si el proceso postquirúrgico hubiese cursado sin complicaciones, su evolución hubiese sido similar a la prótesis de cadera del lado izquierdo, y sin las consecuencias negativas advertadas.

De otra parte, en ese informe complementario se ha incluido, también a instancia de la parte actora, una valoración de las secuelas de la paciente, previo examen de la misma en su domicilio, en la que se recoge que realiza una vida incapacitante, al precisar de tercera persona para actividades básicas, que no se mantiene en bipedestación, que utiliza silla de ruedas para desplazarse en su domicilio y en la calle y que tiene adaptado el baño y el aseo, con soportes de sujeción. Se indica, en el apartado de exploración de la paciente, que realiza rotaciones de cadera sin limitaciones, con hipotrofia muscular, que no puede realizar apoyo bipodal y que mantiene acortamiento del miembro inferior derecho de 8 cm respecto del izquierdo. Y se incluye la siguiente valoración del daño corporal:

“Ajustado al Baremo de la Tabla VI de la Ley 34/03. Y en valoración exclusiva respecto de la zona anatómica afecta.

-Por Dismetria de MID de 6-10cm (de 24 a 40)... 36 puntos.

- Por analogía con anquilosis/artrodesis no funcional (25-35) 35 puntos

- Se considera incapacidad absoluta que precisa de 3ª persona”.

Respecto de estas cuestiones, más adelante se indica que en la valoración de Dependencia, se suman a los problemas derivados de su cadera derecha, otras patologías que

tiene la paciente y que no guardan relación directa con la citada valoración, en la que no están incluidas las alteraciones psiquiátricas.

Igualmente, el perito judicial contestó por escrito a las aclaraciones solicitadas por la codemandada, que en primer lugar le preguntó si había encontrado en la historia clínica alguna referencia anterior al mes de agosto de 2006 a absceso, tumoraciones o tumefacciones en la zona de la cadera, y si en su opinión había existido retraso en el diagnóstico y tratamiento de la infección si se tienen en cuenta las pruebas realizadas a la paciente durante los años 2004, 2005 y 2006 y que la primera vez que la paciente refiere dolor en la cadera derecha con tumoración fluctuante es cuando acude al hospital el 28 agosto 2006.

Al respecto el perito contestó que:

“1º.- En el año 2004, fue sido intervenida la Recurrente de la cadera derecha. Sin constar las pruebas referidas en el Hospital tratante, se realizan de forma espaciada en el Hospital de Fuenlabrada.

La aparición clínica de infección protésica. Muchas veces se difiere en el tiempo, al ser una infección local. La cual no se conoce si es primariamente local, o deriva de algún otro foco de infección corporal.

Cierto es que la masa fluctuante, es de algo más de un año posteriores a la cirugía de cadera derecha. Aunque los síntomas a ese nivel son prácticamente en el postoperatorio inmediato, con herida quirúrgica con drenaje”.

También se le preguntó al perito si, cuando se refiere a que el cultivo de las torundas es patológico, está diciendo que la muestra biológica tomaba con las mismas es patológica y que no se extrajo ninguna tormenta del cuerpo de la paciente que hubiera quedado olvidada en la primera infracción. Sobre dicha cuestión informó:

“2ª Antes de la cirugía de la cadera derecha

a) Existía poliomielitis del MID, y coxartrosis, motivo por el cual se coloca una prótesis total de cadera, inicialmente izquierda y posteriormente derecha.

b) La retirada de la prótesis, y por tanto no quedar articulación de la cadera, produce acortamiento del miembro, al faltar el soporte óseo.

Se produce cojera por ese mismo motivo, y debilidad de la musculatura intrínseca de la cadera.

Son las consecuencias de no tener los elementos óseos anatómicos normales de una persona, ni los artificiales de una prótesis en la cadera”.

Quedaron sin contestar dos de las preguntas formuladas al perito judicial por la parte codemandada, razón por la cual debemos referirnos a lo declarado por el doctor Sanz Alonso en la diligencia judicial de ratificación y aclaración de sus informes.

En ese sentido se ha de señalar que el perito consideró que el postoperatorio inmediato del año 2004 se manifestaron signos de infección que, sin haberse efectuado punciones ni antibiograma para determinar el tratamiento específico, fueron tratados con antibióticos durante 10 días, lo que es de todo punto insuficiente pues debe ser, cuando menos, de seis semanas; que no consta que en las revisiones se le hubiesen efectuado pruebas analíticas ni de imagen, salvo un TAC en que se objetivó el aflojamiento del acetábulo, lo que indica la existencia de problemas con carácter previo a que la infección debutará abiertamente en el año 2006, y que las patologías previas de la paciente determinada fundamentalmente la existencia de dolor, pero no problemas objetivos de movilidad, que han culminado con la retirada de la prótesis, por lo que, sin cadera derecha, la paciente no puede andar.

QUINTO.- La parte codemandada ha aportado a los autos en trámite de proposición de prueba un informe emitido por el perito de su designación don Ricardo Rodríguez Arocena, Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica.

El citado informe se inicia con una exposición de sus fuentes y un resumen de la historia clínica, al que le siguen las siguientes consideraciones médico-periciales:

“III.- CONSIDERACIONES MÉDICO-PERICIALES

Doña [REDACTED] es una paciente que actualmente tiene 66 años, con una artrosis de cadera bilateral muy severa que le condiciona desde 1985 la deambulación con

bastones, motivo por el que se implanta una prótesis de cadera izquierda en 2002. Entre sus antecedentes personales existen varios que pueden favorecer la patología y sintomatología articular, así como condicionar la evolución postquirúrgica, tales como tabaquismo, enolismo, poliomielitis, hipertensión arterial, obesidad mórbida y depresión.

Tras la colocación de la prótesis de cadera izquierda sin complicaciones, se indica la colocación de una prótesis total de cadera derecha, siendo intervenida quirúrgicamente el 23.05.2004 en el Hospital Severo Ochoa. La cirugía se realiza según el protocolo habitual; la única incidencia que se produce es una fisura al colocar el vástago femoral, complicación que no tiene otras consecuencias.

El postoperatorio cursa sin complicaciones, siendo dada de alta hospitalaria a los días de la intervención, tiempo algo prolongado, pero que se justifica por la situación basal de la paciente y las patologías concomitantes que presenta, así como un episodio de febrícula autolimitado. Se toma cultivo del exudado de la herida que es negativo. Es decir, no se detectan gérmenes en el exudado de la herida. Al alta no existen síntomas ni signos de infección activa.

La paciente es seguida de forma ambulatoria en este centro hospitalario hasta el 09.11.2004, fecha de la última revisión, en la que se constata una buena evolución, sin signos de complicaciones postquirúrgicas.

En marzo de 2006, 22 meses después de la implantación de la prótesis, ingresa en el Hospital de Fuenlabrada por un cuadro abdominal e infeccioso de vías respiratorias superiores y posiblemente viral, sin relación alguna con la infección articular que aparece posteriormente. Durante el ingreso no se objetivan síntomas ni signos que puedan hacer sospechar complicación alguna de la cirugía protésica (porque posiblemente no existen).

Casi dos años después de la intervención se realiza un TAC con imágenes compatibles con un aflojamiento del componente acetabular de la prótesis de cadera derecha. No se describen imágenes que sugieran la existencia de un absceso (que aparece posteriormente, 5 meses después). El aflojamiento de la prótesis es una complicación inherente a este tipo de intervenciones, imprevisible e inevitable en cualquier tipo de pacientes.

La evolución de la paciente se complica con la aparición de un absceso de partes blandas (muslo derecho), a los 27 meses de la cirugía. No existe una relación temporal entre la intervención y este proceso infeccioso. Es decir, no se trata de una infección aguda postoperatoria inmediata sino parece más bien una infección aguda de origen hematógeno con foco a distancia. Recordemos que la paciente sufrió infecciones supuestamente virales de tipo digestivo y respiratorias. La aparición del absceso hace pensar en una de las complicaciones más temidas de las artroplastias de cadera: la infección de los tejidos periprotésicos.

La evolución de la paciente se complica con una infección de la prótesis de cadera, a pesar del drenaje del absceso y de administrarse un tratamiento antibiótico precoz, dirigido a los gérmenes que se aíslan. Esta infección protésica obliga a la retirada de la misma, algo obligado en este tipo de infecciones.

No es posible determinar el origen de la infección, siendo la causa más probable la embolización séptica, es decir, la migración de germen patógeno desde otras áreas (pulmón, urinaria, bucal, digestiva o cutánea) vía sanguínea a la zona protésica. Ya hemos comentado que con el tiempo transcurrido desde la intervención no existe una posible causa operatoria de esta infección.

En la reclamación se plantea la posibilidad de que se dejaran durante la intervención algún tipo de material (gasas) y que estas fuesen la causa de la infección. Sin embargo, además de que la infección habría aparecido mucho antes (meses), en ningún momento existe constancia documental de un material extraño en el lecho quirúrgico. Así mismo, en los estudios radiológicos realizados (radiografías, TAC) se habría visto o sospechado la presencia de material extraño (las gasas y las compresas están siempre marcadas con un material radiopaco que se ve fácilmente en la radiología simple).

Quizás la confusión provenga de los resultados microbiológicos en lo que consta que el cultivo de torundas es patológico. Con el fin de ser entendidos, debemos aclarar que una torunda es un elemento clínico para poder tomar muestras biológicas con fines diagnósticos. Su forma es parecida a un bastoncillo de limpieza del oído externo, aunque su longitud es el triple y solo poseen un extremo algodónoso. Las torundas constituyen el material que se utiliza para la toma de muestras microbiológicas durante actos quirúrgicos en los que se quiere determinar si un tejido está infectado o no.

En relación con la imagen radiológica del estudio que se practica al ingreso, que se describe como un defecto óseo en fondo de cotilo, esta imagen es compatible con un aflojamiento aséptico del cotilo, pero en ningún caso podemos relacionarlo con un material extraño.

Por todo lo anterior no creemos que hubiera ningún resto textil que fuera responsable de la infección.

La evolución de la paciente es favorable, modificándose el tratamiento antibiótico en función de los gérmenes que se aíslan y su sensibilidad/resistencia a antibióticos. El 23.10.2006 se traslada a otro centro para el tratamiento de mantenimiento previo a la implantación de una nueva prótesis, intervención que se realiza el 27.02.2007. Tras la cirugía se continúa con el tratamiento de mantenimiento y rehabilitador.

No obstante y a pesar del tratamiento correcto, la evolución se complica con un fracaso séptico de la prótesis. No es posible determinar si se produce por persistencia de la infección o la aparición de un nuevo proceso séptico. A pesar del tratamiento intensivo que se realiza, con varias intervenciones quirúrgicas, al final es necesario retirar la prótesis (26.05.2010) por persistencia de la infección.

La infección postquirúrgica es una complicación inherente a cualquier intervención, que aparece a pesar de realizar la asepsia, antisepsia y profilaxis antibiótica preoperatoria.

Posiblemente las patologías concomitantes de la paciente han favorecido la aparición de las infecciones que han condicionado el fracaso séptico de las prótesis implantadas”.

Este mismo apartado del informe pericial incluye una segunda parte en la que se exponen consideraciones médicas generales relativas a las complicaciones de la colocación de una prótesis total de cadera, tanto las inherentes a cualquier procedimiento quirúrgico de cirugía mayor y las derivadas de los procedimientos anestésicos, como las complicaciones específicas derivadas del procedimiento en sí mismo, entre las que se incluyen las infecciones y el aflojamiento de la prótesis implantada. Asimismo se explican cuáles son los factores de riesgo de las infecciones de las artroplastias, su clasificación, profilaxis

antibiótica, su diagnóstico y su tratamiento, siendo de señalar que el informe indica que *“Cuando una artroplastia infectada es recambiada y esta segunda intervención vuelve a infectarse la única solución posible es retirar los componentes protésicos de manera definitiva, desbridar la herida ampliamente y tratar al paciente con antibióticos durante periodos de tiempos que pueden superar los seis meses. Esta actuación supone una grave discapacidad al paciente: cojera o claudicación muy marcada y acortamiento del miembro de varios centímetros; necesidad de alzas en el calzado que compensen la dismetría y uso de muletas para poder deambular autónomamente”*.

El informe pericial del doctor Rodríguez Arocena finaliza así:

“IV.- CONCLUSIONES MÉDICO-PERICIALES

[REDACTED] de 66 años, padece una coxartrosis severa con limitación funcional muy importante, motivo por el que el 23.05.2004 es intervenida quirúrgicamente en el Hospital Severo Ochoa, implantándose una prótesis de cadera derecha.

A pesar de que la evolución inicial es favorable, dos años después (27 meses) aparece una infección protésica que obliga a la retirada de la prótesis.

No es posible determinar la causa de la infección, pero no existe una relación temporal entre la intervención y la infección. El tiempo transcurrido indica que la infección aparece sin relación alguna con la cirugía realizada, posiblemente por un foco embolígeno séptico.

No existe ningún dato en la documentación aportada que haga sospechar la existencia de un material extraño como causa de la infección. Es más, las pruebas radiológicas realizadas (y la propia intervención quirúrgica en la que no se describe dicho material) lo descartan.

Tras colocar una nueva prótesis, esta debe ser retirada por una nueva infección del material protésico. La situación basal de la paciente, así como sus factores de riesgo y

patologías concomitantes posiblemente han favorecido la aparición de los procesos infecciosos ocurridos.

V.- CONCLUSIÓN FINAL

La atención prestada a Doña [REDACTED] en el Hospital Severo Ochoa en relación a la colocación de una prótesis de cadera derecha fue acorde a la Lex Artis ad hoc, no hallándose indicios de conducta negligente ni mala praxis por parte del personal asistencial”.

SEXTO.- Se ha de señalar que a los folios 1230 y siguientes del expediente administrativo obra informe de la Inspección Sanitaria, emitido con fecha de 15 de diciembre de 2010, por la Médico Inspectora doña Guadalupe Mata Calbacho.

Dicho informe se inicia con la exposición de los datos identificativos y de los motivos de la reclamación; continúa con una referencia a la documentación obrante en el expediente, tanto la acompañada a la reclamación como la de los hospitales Severo Ochoa, de Fuenlabrada y Virgen de la Poveda, y también las actuaciones practicadas por la Médico Inspectora, y una relación de los hechos resultantes en la que se indica los antecedentes de la paciente, el proceso asistencial por el que presenta la reclamación y cuales la situación posterior al mismo.

Con base en lo anterior, el informe de la Inspección Sanitaria sigue así:

“6.- CONSIDERACIONES MÉDICAS

En las últimas décadas, los reemplazamientos quirúrgicos articulares han supuesto una importante mejora en la capacidad funcional de los pacientes con artropatías. En nuestro país, se colocan anualmente alrededor de 30.000 prótesis articulares, la mayoría de rodilla y cadera, y en todo el mundo más de 1 millón. Sin embargo, no es una intervención exenta de complicaciones siendo de las más temidas la infección. En la actualidad, las tasas de infección rondan el 1,5% en las prótesis de cadera y el 2,5% en las de rodilla. Su presencia, supone una importante disminución en la calidad de vida de los pacientes, un elevado coste económico (> 50.000 € caso) y un sufrimiento humano que se traduce, en

ocasiones, en una mortalidad de hasta un 18%. Para evitarlo, nuestra mejor arma es su prevención y sobre todo su conocimiento. Hasta el momento son escasos los estudios epidemiológicos prospectivos realizados al respecto, debido en parte a la baja incidencia de esta infección, lo que obliga a que éstos sean retrospectivos en la mayoría de ocasiones.

Por otra parte, todavía no se ha establecido un tratamiento quirúrgico de elección ni antibiótico adecuado en tipo y duración, tras producirse la infección de la prótesis. La principal razón radica en la imposibilidad de realizar estudios comparativos de los diferentes procedimientos que permitan diseñar una correcta estandarización. En general, las alternativas quirúrgicas que se contemplan son: el desbridamiento y mantenimiento de la prótesis, la reimplantación de la artroplastia en 1 ó 2 tiempos, la artrodesis (rodilla) o la excisión completa (cadera) (3). En cuanto a la antibioterapia, parece necesaria su combinación con la cirugía ya que como opción única se acompaña de un nivel de fracasos elevado.

El tratamiento más considerado para las infecciones de prótesis es el recambio en dos tiempos, es decir: limpieza quirúrgica de todos los elementos, incluido el cemento, antibióticos durante 4 a 6 semanas y luego colocación de una nueva prótesis.

El tratamiento con retención de prótesis, es decir limpieza quirúrgica periprotésica más antibioterapia, está indicado exclusivamente cuando se cumplen las siguientes condiciones:

infecciones tempranas y de poca duración o hematógenas agudas con prótesis fija y producida por un microorganismo sensible. El tratamiento debe mantenerse por 3 a 6 meses y debe incluir la Rifampicina dentro del esquema terapéutico.

7.- JUICIO CRITICO.

La paciente [REDACTED] que presentaba dolor en ambas caderas desde hacía años precisando para caminar dos bastones desde el año 1985 y con una autonomía para la marcha de menos de 10 minutos, fue intervenida el 24 de mayo de 2004 realizándose sobre cadera derecha, artroplastia de sustitución sin cementar, en el Hospital Severo Ochoa de Leganés.

La indicación de dicha prótesis estaba perfectamente justificada por la patología previa y las limitaciones que presentaba la paciente.

El 28 de agosto de 2006 se encontró sobre la zona de intervención una colección de pus debida a un proceso infeccioso que requirió primero drenado y posteriormente la extracción de la prótesis.

Los estudios microbiológicos realizados de los drenajes, indican los contenidos de las "torundas" analizadas. Suponemos que este es el motivo por el que la paciente reclama que tras la intervención "se dejan dentro varias gasas, que no son detectadas hasta mas de dos años después de dicha colocación"

El tratamiento que se realizó: extracción de prótesis, tratamiento antibiótico prolongado con antibióticos de amplio espectro y a los que los gérmenes eran sensibles, y posterior colocación de nuevo implante es el tratamiento adecuado según la bibliografía consultada.

8.- CONCLUSIÓN

La asistencia prestada a la paciente D^a [REDACTED] en el Hospital de Leganés en el proceso correspondiente a la colocación de prótesis total de cadera derecha el 24 de mayo de 2004, que es el proceso objeto de este informe, se considera adecuada tanto en su indicación, como en la realización de la misma y ninguno de los informes estudiados hacer pensar en el olvido de material de quirófano dentro de la zona intervenida.

La infección como puede verse en el apartado de consideraciones médicas es una de las complicaciones, desgraciadamente no demasiado infrecuente, que puede presentarse tras la colocación de una prótesis y que ya había sido advertida en el consentimiento informado firmado por la paciente".

Hemos de añadir que en el expediente administrativo obra en dos informes del Hospital Universitario Severo Ochoa, de 25 de agosto y 6 de septiembre de 2010 –folios 1218, 1220 y 1221-, y otro del Hospital de Fuenlabrada, de 15 de diciembre de 2010-folio 1229-, en las que se recoge que en la hoja de circulante de la intervención de prótesis total de cadera realizada el 29 mayo 2004 no se observa ningún dato que refleje una mala actuación del equipo de enfermería en relación al recuento de compresas, gasas, etc. y del material

utilizado durante su intervención, y que se consideró como bueno el control radiológico previo a la alta hospitalaria de 11 de junio de 2004, descartándose por completo que en la intervención quirúrgica se hubiese dejado una gasa dentro de la cadera, por cuanto que su existencia se habría detectado en radiografías posteriores; también se señala que en la revisión de 9 de noviembre de de 2004 la paciente no presentaba dolor, había mejorado la movilidad de ambas caderas, con una flexión de 90° aunque presentaba claudicación de la marcha por insuficiencia glútea izquierda, se encontraron radiográficamente correctas ambas prótesis y se le recomendó la retirada de un bastón, y que desde esta revisión no aparece ninguna anotación en la historia clínica de la paciente. De otra parte, en el informe del Hospital de Fuenlabrada se hace referencia a que en un TAC realizado el 24 de marzo 2006 se objetivó un aflojamiento del componente acetabular de la prótesis derecha, lo que no tiene nada que ver con la presencia de gasas o material ajeno a la prótesis.

SÉPTIMO.- Ya hemos explicado anteriormente que la jurisprudencia ha modulado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, y que la Administración no asume cualquier daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino solo aquellos que, por ser antijurídicos, los administrados no tienen el deber de soportar, siendo de significar que en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria lo determinante para la antijuricidad del daño es que la actuación médica no haya sido correcta y se haya apartado de la "lex artis"; a sensu contrario, si el servicio sanitario se prestó de acuerdo con el estado del saber y con los medios disponibles, la lesión causada no constituye un daño antijurídico.

Es, por lo tanto, erróneo sustentar la responsabilidad de la Administración en la mera existencia del daño, porque en la medicina curativa la obligación administrativa es de medios, no de resultado, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa de una auténtica infracción de la lex artis, pero no aquella que no haya podido ser evitada con la aplicación tempestiva y adecuada de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento en que se ha dispensado la prestación.

Así las cosas, hemos de valorar ahora los elementos probatorios traídos al proceso para determinar si a doña [REDACTED] se le prestó una asistencia sanitaria acorde con

la "lex artis", es decir, si la paciente fue atendida debida y prontamente y según el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado y empleando los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles.

A tal efecto conviene tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde al demandante "*la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda*", y corresponde al demandado "*la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "*deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*".

En cualquier caso, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene las reglas generales o principios de carga de la prueba y, como norma reguladora de la sentencia, entra en juego cuando en la misma se estime que no se ha probado un hecho básico, para atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que le correspondía el "onus probandi", según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte, pero no cuando se considera que un presupuesto fáctico esencial para la resolución de la litis ha quedado debidamente acreditado mediante cualquier elemento probatorio, sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte aportó la prueba.

Aunque nuestras leyes procesales no formulan el citado principio de adquisición procesal, también llamado de comunidad de prueba, el mismo tiene pleno reconocimiento en doctrina jurisprudencial pacífica expresada, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero y 14 de febrero de 2012, al declarar que : "*Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal*". Y lo mismo habían declarado antes las sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008 y de 1 de marzo de 2010.

En definitiva, dicho principio obliga al tribunal a valorar todas las pruebas practicadas con independencia de qué parte las haya aportado al proceso, al considerar que los resultados de la actividad probatoria en su conjunto son comunes para todas las partes, de

manera que, a los efectos de acreditar los hechos controvertidos, es irrelevante que los medios probatorios se hayan practicado a instancia de una u otra parte.

Así lo declaraba también la sentencia de 8 de abril de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al decir que:

“(...) como hemos reiterado en otras ocasiones, en virtud del principio de adquisición procesal, la sentencia impugnada puede valorar todos los elementos probatorios obrantes en las actuaciones (...) al margen de cuál de las partes hubiera aportado el elemento probatorio y de la concreta razón por la que se aportó (Sentencias de 79/2009, de 4 de febrero y 292/2010, de 6 de mayo)”.

Y antes la sentencia de la misma Sala de 16 de enero de 2011, al declarar:

“En el caso sucede que el dato fáctico (...) se declara probado, y no importan los elementos de prueba que se hayan tomado en consideración, ni quien los aportó -principio de adquisición procesal-, ni la cantidad ni entidad de los mismos -dosis de prueba-. Tales cuestiones pueden incidir en otros aspectos del derecho probatorio, pero son ajenas a la carga de la prueba, pues el art. 217 LEC no contiene regla alguna valorativa de prueba”.

Dada la importancia de las pruebas periciales en el caso de autos, hemos de decir también que las mismas no acreditan por sí solas los hechos controvertidos de una forma irrefutable, sino que expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes que se les han facilitado, por lo que no prevalecen necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, en su fundamentación y coherencia interna, y en la independencia o lejanía de los peritos respecto a los intereses de las partes.

Y aunque es cierto que el informe de la Inspección Sanitaria no ha sido traído al proceso como prueba pericial, sino como documental inserta en el expediente administrativo, también lo es que el mismo ha de ser ponderado como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, derivándose su fuerza de convicción, además de en su motivación y

coherencia, de la circunstancia de que la Inspección Médica informa con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes.

Diremos, por último, que en la valoración de la prueba también se ha de tener en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que:

“B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico”.

Así, atendidos el contenido de los informes periciales y del informe de la Inspección Sanitaria, y la documentación obrante en el expediente administrativo, y valorándolos conforme a los criterios anteriormente expuestos, adelantamos la conclusión de que en el caso de autos no es posible afirmar que haya sido contraria a la buena praxis la intervención quirúrgica realizada a doña [REDACTED] el día 24 de mayo de 2004 en el Hospital Severo Ochoa, pero sí procede concluir que ha existido retraso en el diagnóstico y tratamiento de la infección así como defecto de los consentimientos informados en todas las operaciones.

Ninguna de las pruebas practicadas en este proceso avala que la causa de la infección detectada en el año 2006 hubiese sido que en la intervención quirúrgica del mes de mayo de

2004 se hubiesen dejado gasas o alguna otra clase de elemento extraño en el interior de la paciente, tal y como se afirma en la demanda.

Tampoco resulta de ningún medio probatorio que se hubiese incurrido en mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada a la paciente a partir de descubrirse la infección.

Pero sí se ha planteado si, previamente al ingreso hospitalario del mes de agosto de 2006, se objetivaron signos de la existencia de dicha infección, cuya desatención determinó un retraso diagnóstico y de tratamiento, con el resultado final que ya conocemos.

Como se ha dicho, el perito judicial don Alejandro Sanz Alonso, sostiene que en el postoperatorio inmediato de la intervención quirúrgica en que por primera vez se colocó a doña [REDACTED] la prótesis de cadera derecha en el Hospital Severo Ochoa, en el mes de mayo de 2004, existían datos de una posible infección, por cuanto que se realizó un cultivo del exudado de la herida quirúrgica que indicaba la existencia de gérmenes contaminantes y se pautó un tratamiento antibiótico de 10 días de duración.

El doctor Sanz Alonso acusa que en esa ocasión no se hubiese realizado ni una punción local seguida de antibiograma, ni una apertura y lavado de la zona quirúrgica, para determinar el alcance de la infección y tratarla debidamente con antibióticos específicos para el caso, y que la duración del tratamiento con antibióticos fue absolutamente escasa, dado que deben administrarse, cuando menos, durante unas seis semanas.

Otro signo de eventual infección puede ser, en opinión del perito judicial, el aflojamiento del acetábulo, sin que se actuara en la zona de prótesis cuando en el mes de abril de 2005 –fecha también recogida en el informe de la Inspección Sanitaria- se tuvo constancia del mismo, lo que considera que debió de hacerse aún cuando el aflojamiento no hubiese tenido una causa séptica.

En consecuencia, el informe pericial del doctor Sanz Alonso sostiene la existencia de una considerable demora en el diagnóstico y tratamiento de la infección local porque, aunque la infección no se manifestó con virulencia hasta el año 2006, se está en el caso de que en el post operatorio del año 2004 ya existían síntomas clínicos de infección protésica evidenciados por el exudado de la herida quirúrgica con drenaje; y que, aunque no puede aventurar qué resultado se habría producido si se hubiera diagnosticado y tratado a tiempo,

considera claro que, cuando menos, esa tardanza ha aumentado los padecimientos de la paciente, y que la situación de retirada definitiva de la prótesis ha determinado graves secuelas funcionales por ausencia de articulación de la cadera derecha.

Es cierto que los argumentos y las conclusiones del informe del perito judicial se discuten en el apartado a los autos por la codemandada, pero se ha de señalar que el mismo no es concluyente en lo que respecta al episodio de infección en el postoperatorio inmediato, por cuanto que si bien se afirma en el apartado de consideraciones médico periciales que se tomaron cultivos del exudado de la herida quirúrgica con resultado negativo, esto no es compatible con la circunstancia, afirmada por el perito judicial, de que, a consecuencia de su análisis, se le hubiese dado a la paciente un tratamiento con antibióticos de 10 días de duración. Este extremo tampoco aparece aclarado en el informe de la Inspección Sanitaria, que se limita a afirmar que el postoperatorio transcurre sin incidentes de interés.

Es verdad que en la revisión de septiembre de 2004 se apreció la buena evolución de la paciente, pero no es seguro que la existencia de infección pudiera haberse descartado por completo en la revisión de abril de 2005, porque en ella ya se detectó un aflojamiento del acetábulo que podría estar relacionadas con un proceso infeccioso, si bien el doctor Rodríguez Arocena indica en su informe que en esa ocasión no se describieron imágenes sugestivas de la existencia de un absceso.

Habida cuenta de que el informe de la Médico Inspectora se centra fundamentalmente en la cuestión relativa al olvido de gasas en la herida quirúrgica en la operación del año 2004, y lo mismo cabe decir de los informes médicos emitidos por los Servicios de Cirugía Ortopédica y Traumatología de los hospitales Severo Ochoa y de Fuenlabrada, se está en el caso de que no nos resultan de utilidad para despejar las dudas que se han planteado acerca del momento en que existieron síntomas y signos de infección.

Así las cosas, mientras que el perito judicial afirma que los mismos aparecieron en el postoperatorio inmediato de la intervención de 2004, el perito designado por la parte codemandada sostiene que no existió *una infección aguda postoperatoria inmediata, sino más bien una infección aguda de origen hematógeno con foco a distancia, cuya causa más probable es la migración de gérmenes patógenos desde otras áreas vía sanguínea a la zona protésica.*

Aunque el informe del doctor Rodríguez Arocena está motivado, también lo está el del perito judicial, que ha tenido en consideración cuantos hechos se precisaban para la emisión de informe equilibrado y cuyas conclusiones se han fundamentado de forma exhaustiva, de manera que ante la divergencia de ambos informes consideramos procedente atribuir mayor fuerza de convicción al emitido por el doctor Sanz Alonso, dado que, al no haber sido designado por ninguna de las partes, debe reputarse más independiente de los intereses en litigio, por todo lo cual consideramos acreditado que se produjo un efectivo retraso en el diagnóstico y tratamiento de la infección que padeció doña [REDACTED]

No obstante, el doctor Sanz Alonso no especifica en su informe qué consecuencias concretas ha tenido el retraso en el diagnóstico y en el tratamiento posterior de la infección para la salud de la paciente al tiempo que afirma que no puede aventurar qué habría ocurrido con un tratamiento adecuado en el momento oportuno, también es de apreciar cierta incoherencia en el conjunto de sus informes y respuestas respecto a la situación incapacitante de la paciente después de la retirada de prótesis así como falta de concreción sobre en qué aspectos de su vida diaria necesita ayuda de terceras personas, sin perjuicio de lo cual es de señalar que en el informe pericial se refiere que al proceso complicado sufrido se suma una concausa previa de deterioro neuromuscular en el miembro afectado porque antes de la intervención quirúrgica la paciente padecía poliomielitis del miembro inferior derecho y coxartrosis, de manera que aunque consideramos acreditado que la paciente padece una situación análoga a la anquilosis/artrodesis no funcional, no se mantiene en bipedestación, presenta un acortamiento del miembro inferior derecho de 8 cm respecto del izquierdo y utiliza silla de ruedas, no podemos compartir ni la valoración del daño personal que se efectúa por el perito judicial, ni los días de incapacidad señalados en la demanda, pues el período en cuestión ha de acotarse desde el 11 de septiembre de 2006 hasta la retirada definitiva de los implantes, a lo que debe añadirse que no están acreditados los daños psíquicos directamente atribuibles al fracaso de la prótesis, ni la necesidad de adaptación del domicilio -salvo la existencia de sujeciones en el baño, cuyo coste no se ha justificado- ni la del vehículo.

Finalmente, en cuanto a la falta de consentimiento informado, hemos de señalar que en la historia clínica del Hospital de Fuenlabrada incorporada al expediente administrativo aparecen unas hojas de consentimiento informado para anestésias, recambio de prótesis total de cadera o rodilla, reducción bajo anestesia de luxación de prótesis de cadera, cirugía de

revisión, reducción abierta de luxación de prótesis de cadera, resección de partes blandas por infección, reducción cerrada de prótesis total de cadera, respectivamente datadas el 8 de septiembre y 11 de diciembre de 2006, 5 de febrero, 28, 29 y 30 de marzo y 6 y 17 mayo de 2010, todas ellas sin firma de la paciente ni del médico informante. En la historia clínica del hospital Severo Ochoa no aparece ninguna hoja de consentimiento informado.

Se ha de señalar que la indemnización que en este caso corresponde a la demandante, y a su esposo en la medida en que su vida se ha alterado por los cuidados que aquélla necesita, no obedece al hecho de haber causado las secuelas por una defectuosa intervención quirúrgica en el año 2004, sino a la circunstancia de no haberse contado con la posibilidad de un diagnóstico y tratamiento temprano de la infección y por la omisión de los consentimientos informados.

Pues bien, esa privación de expectativas que la jurisprudencia denomina “pérdida de oportunidad” constituye un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral; así se declara, entre otras, en la sentencia Tribunal Supremo 3 noviembre 2012, con cita de la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se remitía a la de 24 de noviembre de 2009, a que anteriormente hemos hecho referencia y transcrito en parte, en las que queda claro que para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el daño directamente causado, sino por la pérdida de oportunidad sufrida. Y lo mismo cabe predicar respecto de la indemnización del daño causado por falta de los consentimientos informados.

En estas circunstancias, el resarcimiento del daño moral indemnizable padecido por la recurrente carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997); y aunque la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, no consideramos que en el caso de autos deba atenderse a los criterios de la resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, ni de ninguna otra anterior, por las razones que hemos expuestos, de manera que, con base en las circunstancias anteriormente expresadas, la

Sala alcanza la conclusión de que la indemnización que prudencialmente procede acordar a favor de los recurrentes ha de ascender a la cantidad total de 100.000 euros, actualizada a la fecha de la presente resolución, de la que un 10% corresponde a don [REDACTED] y el resto a doña [REDACTED], cantidad que devengará intereses legales desde la fecha de notificación de esta sentencia, puesto que el principal adeudado no ha quedado determinado con anterioridad. El mismo criterio ha de aplicarse a la pretensión de que, para la compañía aseguradora, se incrementen los intereses legales conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, porque, según el criterio expresado en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009 y de 4 de julio de 2012, entre otras, dicho incremento no procede mientras ha estado pendiente una situación de incertidumbre sobre la existencia del derecho pretendido, incertidumbre que se ha despejado con la presente sentencia, a partir de cuya fecha de notificación deberá regir el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, conforme a cuyo apartado 3 la compañía aseguradora incurrirá en mora si transcurre el plazo de tres meses desde su notificación sin que se haya abonado la indemnización que hemos fijado, a cuyo pago la condenamos, con carácter solidario con la Administración demandada, por todo lo cual procede estimar parcialmente el presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede formular condena al pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por don [REDACTED] y doña [REDACTED] contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha de 20 de julio de 2010, y declaramos la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid condenando a la misma y a la entidad "[REDACTED]" a que abonen

solidariamente a los demandantes la cantidad total de 100.000 euros, en la proporción indicada en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia, suma que devengará el interés legal desde la fecha de su notificación hasta que haya sido totalmente abonada, devengándose los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a partir del día en que la citada compañía la aseguradora incurra en mora, conforme a lo declarado en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia. No se formula condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución con indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA MARIA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 24-04-2014, de lo que, como Secretario, certifico.