



Dictamen nº 18/2023

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de enero de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 22 de septiembre de 2022 (COMINTER 256273) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 4 de octubre de 2022, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2022\_295), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de julio de 2016, D. X, con asistencia letrada, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional por los daños que dice haber padecido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata el reclamante que el 2 de noviembre de 2015 se sometió a una intervención de cirugía artroscópica de rodilla derecha y reconstrucción de ligamento anterior cruzado en el Hospital concertado “Viamed San José” de Alcantarilla, al que fue derivado por el Servicio Murciano de Salud. Dos semanas después de la intervención presentó una artritis séptica aguda postquirúrgica, a consecuencia de la cual hubo de someterse a diversos tratamientos, incluidos lavados y limpiezas quirúrgicas de la herida, que no pudieron evitar la limitación funcional de la rodilla y secuelas irreversibles en la articulación. Manifiesta, asimismo, que a la fecha de presentar la reclamación sigue de baja laboral, sin que el tratamiento rehabilitador al que se sometió desde el 22 de enero de 2016 haya conseguido la recuperación plena de la rodilla, precisando de muletas para desplazarse.

Considera el actor que la asistencia sanitaria fue defectuosa pues en la intervención de 2 de noviembre de 2015 sufrió una infección nosocomial por *Staphylococcus epidermidis*, hecho que motivó que tuviera que someterse a dos cirugías posteriores para la limpieza y que ha eliminado la funcionalidad de la articulación en gran medida. Alega que dicha infección fue consecuencia de una mala asepsia del quirófano o del instrumental empleado y que es a la Administración y al centro sanitario concertado a quienes corresponde la carga de probar que tanto el quirófano como el personal e instrumental empleados en la intervención cumplían todos los protocolos de asepsia, profilaxis e higiene exigidos.

Reclama por los días de baja y pérdida de funcionalidad irrecuperable de la rodilla derecha, que valora en 200.000 euros más su actualización.

Propone prueba documental consistente en las historias clínicas de los centros sanitarios en los que se le prestó la asistencia relacionada con los hechos por los que reclama, que se evague informe por los facultativos intervenientes y que se recabe el informe de la Inspección Médica. Así mismo, acompaña a su reclamación copia de diversa documentación clínica.

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de septiembre de 2016 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al tiempo que recaba del centro concertado en el que se realizó la intervención y de la Gerencia del Área de Salud con cargo a la que se prestó la asistencia sanitaria la remisión de una copia de la historia clínica del paciente y el informe de los profesionales que intervinieron en ella.

Asimismo, se da cuenta de la reclamación a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Por la Dirección Gerencia del Área de Salud I se remite la documentación solicitada. Consta el informe del facultativo del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital "Virgen de la Arrixaca" que practicó la intervención que es del siguiente tenor literal:

*"Me ratifico en los informes de consulta de Selene. La infección es uno de los riesgos quirúrgicos explicados y firmados en el consentimiento informado, y en ningún caso es debido a la negligencia médica".*

Por la Dirección Gerencia del centro concertado en el que se practicó la intervención, se manifiesta que "el paciente fue derivado a nuestro Centro por el Servicio Murciano de Salud para ser intervenido por el Servicio de Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca. El cirujano responsable de la intervención fue el Dr. Y....".

Asimismo, informa como sigue:

*"Efectivamente, el paciente fue intervenido en nuestro Hospital el día 2 de Noviembre por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca.*

*Con respecto a nuestra Central de Esterilización les podemos informar de que el registro de autoclaves es correcto y sin incidencias, siendo así el material utilizado en su operación estéril. (Se adjunta registro de los ciclos de dicho autoclave).*

*En cuanto al Quirófano donde se realizó su intervención le hacemos saber que regularmente y según un contrato firmado con la empresa BIOSAFE se realizan los controles de Bioseguridad Ambiental correspondientes, siendo el resultado de dichos controles el siguiente:*

*El nivel de Bioseguridad Ambiental para hongos filamentosos determinado en este estudio se encuentra dentro de los niveles recomendados para la realización de todo tipo de cirugía, en todos los quirófanos estudiados (Quirófanos 1 al 6).*

*El nivel de Bioseguridad Ambiental para hongos filamentosos determinado en este estudio se encuentra dentro de los niveles recomendados para el tipo de salas estudiadas, en el resto de salas (zona limpia de esterilización y área de reanimación).*

*Los niveles de Bioseguridad Ambiental para bacterias mesófitas obtenidos en este estudio se encuentran dentro de los niveles recomendados, en todas las salas estudiadas.*

*Por otra parte, le hacemos saber que en el mismo parte quirúrgico se intervinieron otros tres pacientes (2 artroscopias de rodilla y una EMO de tobillo) no teniendo constancia de que sufriesen ninguna infección posteriormente.*

*Su cirugía se realizó de manera estéril dentro del Quirófano asignado para su realización cumpliendo todo el personal sanitario( cirujanos, enfermeros ...) el lavado Quirúrgico según el protocolo interno de lavado de manos. La limpieza del Quirófano también se realiza bajo un protocolo y se realizan los controles anteriormente referidos para verificar su eficacia".*

Se adjunta al informe una copia de los registros de esterilización del material quirúrgico correspondientes a la fecha de intervención, el 2 de noviembre de 2015.

**CUARTO.-** El 26 de octubre de 2017 el actor propone prueba consistente en que por la Clínica "San José" se aporten los controles de bioseguridad ambiental de los quirófanos realizados por la empresa Biosafe y a los que se hace referencia en el informe del centro concertado. Asimismo, se interesa como prueba que se requiera al director gerente de dicho centro sanitario para que aporte al expediente todos los datos trasladados a la Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene para la elaboración del estudio EPINE en los años 2015 y 2016.

Por la instrucción se requiere por dos veces (el 21 de noviembre de 2017 y el 12 de febrero de 2018) al centro sanitario para que proceda a facilitar la información solicitada por el actor y practicar así la prueba, si bien no consta que la clínica haya aportado al procedimiento la documentación e información requeridas.

**QUINTO.-** Recabado el 6 de marzo de 2017 el preceptivo informe de la Inspección Médica, se evaca el 26 de mayo de 2022 con las siguientes consideraciones valorativas de la asistencia dispensada al paciente:

*"Se trata de un paciente que, tras la realización de una plastia ligamentosa y meniscectomía mediante artroscopia por rotura del ligamento cruzado anterior, presenta un episodio de infección en sitio quirúrgico (artritis séptica). Previamente a la intervención el paciente firmó dos consentimientos informados; en ambos consentimientos figuraba la posibilidad de infección dentro de los riesgos típicos.*

*Aun aplicando las mejores prácticas y los adecuados programas de prevención no es realista hoy en día pretender erradicar la infección de sitio quirúrgico. La actuación médica fue correcta.*

*De la información del Director Médico de la Clínica San José se desprende que el centro disponía de procedimientos adecuados para garantizar la asepsia/antisepsia tanto del material como del quirófano y que no hay indicios de que ese día y en ese quirófano concurriera ninguna circunstancia especial que facilitara la aparición de infecciones del sitio quirúrgico.*

*Tras la aparición de la artritis séptica el paciente fue adecuadamente tratado, ingresó en dos ocasiones y se realizaron sendas limpiezas quirúrgicas. Una vez finalizado el tratamiento el paciente queda con una rodilla funcional (flexión de 130º y balance muscular de 5/5), con la única secuela de dolor en interlinea interna".*

La conclusión del informe inspector es que "en el proceso de asistencia a Don X no se evidencia la existencia de mala praxis".

**SEXTO.-** Conferido el preceptivo trámite de audiencia a los interesados (actor y titular del centro sanitario concertado), presenta este último un escrito de alegaciones en el que rechaza cualquier imputación de responsabilidad por los daños reclamados.

Así, se alega que "La reclamación adolece del defecto de no probar el nexo causal entre la lesión y la actuación del Hospital, la cual entendemos que no se produce porque el riesgo de infección fue bajo por los motivos, probados en la historia clínica que remitió el Hospital Viamed San José y que obra en el expediente, siguientes: (i) el tiempo de la intervención quirúrgica fue inferior a 120 minutos; (ii) la estancia hospitalaria fue inferior a 24 horas; (iii) el rascado quirúrgico se realizó; (iv) la profilaxis antibiótica fue prescrita y administrada; (v) el Bloque Quirúrgico dispone de circuito limpio y sucio; (vi) en cuanto al ambiente quirúrgico, la calidad del aire fue testada por BIOSAFE que emitió informe favorable tanto para parámetros biológicos (ausencia de patógenos en aire), como parámetros físicos (renovaciones/impulsión del aire); (vii) se cumplieron los protocolos médicos de asepsia: a) lavado quirúrgico de manos, colocación de guantes estériles, bata estéril y resto de equipación tipo EPI verificados; b) esterilización de material en autoclave verificado con los controles pertinentes; (viii) en cuanto a la manipulación de la herida tras la cirugía, la rodilla salió vendada de quirófano; no se manipuló en planta y las curas se realizaron en su Centro de Salud y no en el Hospital Viamed San José; y (ix) el tipo de patógeno detectado, *staphylococcus epidermidis*, es una bacteria habitual de la flora cutánea en los seres humanos".

Alega, asimismo, que al haber sido informado del riesgo de infección de la articulación y haber prestado el paciente su consentimiento, excluye la antijuridicidad del daño.

El escrito de alegaciones se acompaña de escritura de poder en favor del Letrado actuante.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instrucción que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, en particular el nexo causal entre el funcionamiento del servicio públicos sanitario y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante comunicación interior del pasado 22 de septiembre de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los artículos 142.3 LPAC y 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), todavía vigentes al momento de presentarse la reclamación.

### **SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPACAP dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos que, como el que es objeto del presente Dictamen, se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor el 2 de octubre de 2016, que se regirán por la normativa anterior. En consecuencia, el régimen legal aplicable en el supuesto sometido a consulta es el que establecían la LPAC y el RRP.

II. Cuando de daños físicos o psíquicos a las personas se trata, la legitimación para reclamar por ellos corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que el legitimado en el supuesto sometido a consulta sea el propio paciente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración titular del servicio público a cuyo funcionamiento se imputa el daño. En este supuesto, la Administración regional, a la que corresponde la prestación del servicio de

asistencia sanitaria a la población, y ya lo haga de forma directa, a través de sus propios recursos materiales o humanos, ya por mediación de entidades privadas a través de los oportunos conciertos, como ocurre en el supuesto sometido a consulta. En cualquier caso, de la realidad de los hechos acreditados en el expediente no resulta dudoso que el paciente acudió al centro hospitalario privado por indicación del SMS y fue intervenido por un facultativo perteneciente a la sanidad pública.

Como señalamos en nuestros Dictámenes 136/2003 y 13/2020, entre otros, esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y que su titularidad la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen n.º 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: *“el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”*.

Sin embargo, el hecho de que dicha asistencia haya sido prestada por un centro concertado, que debe asumir la indemnización de daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño se haya producido por causas imputables a la Administración -según regla ya clásica en la normativa de contratos de las Administraciones públicas y hoy recogida en el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014-, sí puede alterar el ente finalmente responsable de los daños, en el caso de que se estimara la presente reclamación de responsabilidad patrimonial y se concluyera que el daño tuvo su origen en causas no imputables a la Administración regional y sí al centro concertado.

III. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la intervención a la que se imputa la falta de medidas de asepsia causante de la infección tiene lugar el 2 de noviembre de 2015 y la acción se ejerce el 26 de julio del año siguiente, y ello sin necesidad de entrar a considerar la fecha, muy posterior, de estabilización o curación de las lesiones alegadas, a la que el indicado precepto legal vincula el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales, toda vez que constan realizados todos los preceptivos.

No obstante conviene destacar la ausencia de prueba tanto por parte del reclamante como del centro sanitario concertado de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, cuya carga les corresponde. En el supuesto sometido a consulta, la imputación actora de falta de medidas de asepsia y la pretendida relación causal entre dicha circunstancia y el daño alegado se produce sin soporte probatorio alguno, en la consideración de que es a la Administración a la que corresponde en este supuesto la carga de probar que los protocolos de desinfección, esterilización y profilaxis se cumplieron debidamente.

En el supuesto sometido a consulta se imputa a la Administración sanitaria la infección de la herida quirúrgica por falta de asepsia de las instalaciones o del material utilizado en la intervención. La dirección del centro concertado manifiesta que los indicadores de bioseguridad de los quirófanos para hongos filamentosos y bacterias mesófitas se encontraban dentro de los márgenes de seguridad según los controles que realiza con regularidad una empresa (BIOSAFE), que la esterilización del material no registró incidencias y que la limpieza del área quirúrgica se realiza conforme a un protocolo. Sin embargo, únicamente aporta copia de los registros del sistema de autoclave, lo que permite considerar que el material utilizado en la intervención era estéril, pero omite traer al procedimiento los informes de bioseguridad ambiental que refiere y los partes de limpieza de los quirófanos correspondientes al día de la intervención.

Por la asistencia letrada del actor se ha propuesto como prueba la aportación por parte del centro hospitalario de los citados controles de bioseguridad ambiental de los quirófanos realizados por la empresa BIOSAFE, a los que

se hace referencia en el informe del centro concertado. Asimismo, se interesa como prueba que se requiera al director gerente de dicho centro sanitario para que aporte al expediente todos los datos trasladados a la Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene para la elaboración del estudio EPINE (Estudio de Prevalencia sobre Infecciones Nosocomiales en España) en los años 2015 y 2016, sin que por el centro se haya aportado dicha documentación e información.

Ya en anteriores dictámenes este Consejo Jurídico ha señalado que cuando el daño pretende imputarse a una infección nosocomial, tales elementos de juicio, de gran relevancia para la decisión del procedimiento, deben constar entre el material probatorio del expediente, de modo que aun cuando el actor no los hubiera propuesto como prueba, procedería que por la instrucción se solicitaran de oficio al centro sanitario (vid Dictamen 41/2022). De hecho, en nuestro Dictamen 90/2022, que analiza un supuesto de infección nosocomial pretendidamente derivada de una cirugía ocular en un centro concertado, se concluye en la necesidad de completar la instrucción aun cuando *“consta en el expediente un informe de bioseguridad ambiental aportado por el centro médico que acredita la adecuación de los quirófanos a las normas técnicas que regulan dicha materia. Pero las consideraciones y conclusiones de dicho informe prueban la situación de seguridad ambiental del área quirúrgica a una fecha concreta, el 25 de abril de 2019, que es cuando se toman las muestras utilizadas para el informe. Adviértase que dicha fecha es casi tres semanas posterior al momento de la intervención (el 5 de abril), por lo que no puede considerarse probado que, en el momento en que pudo producirse la infección, el área quirúrgica estuviera en las condiciones de asepsia exigibles. Por otra parte, la aportación de un informe puntual como el traído al procedimiento y atendido su contenido, no permite conocer con cuánta periodicidad se realizan estas pruebas y mediciones en el centro y si ello se ajusta a las recomendaciones o exigencias técnicas establecidas. Del mismo modo, sería muy conveniente conocer la prevalencia de infecciones nosocomiales en el centro sanitario en cuestión con indicación de los agentes microbiológicos implicados, lo que puede aportar elementos de juicio relevantes en orden a determinar si existe un adecuado cumplimiento de los protocolos establecido s”*.

Y es que, como ya hemos señalado de forma reiterada en otros dictámenes (por todos los dos antes citados) si bien la carga de la prueba de la causa del daño recae en el reclamante ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha de olvidarse que dicha regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3<sup>a</sup>) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras), de modo que la Administración habrá de traer al procedimiento todos aquellos datos que, estando en su poder o siendo de fácil averiguación por su parte, puedan influir en la resolución del mismo.

Acerca de la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de infecciones nosocomiales, la STS de 28 de mayo de 2013, dictada con ocasión de recurso de casación núm. 660/2013 para la unificación de doctrina, confirma que la doctrina jurisprudencial al respecto es la que se contiene en *“la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso 4674/2006 [que] recoge la misma doctrina que la sentencia recurrida en el sentido de que es la Administración quien tiene que acreditar la adopción de las previsiones profilácticas para evitar la infección: “Nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Aplicándola en el presente caso, en el que la actora ha probado la existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la lex artis, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho”. Confirma así esta sentencia la doctrina general sobre la carga de la prueba que recogía la sentencia recurrida (STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 853/2012, de 3 de octubre), en los siguientes términos: “En conclusión, sea por su reconducción al campo de la fuerza mayor inevitable, sea por la presunción de culpa, y dado que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo, es a la Administración a quien le incumbe la carga probatoria, de que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, siendo también correcta la atención dispensada una vez aislado el germe causante de la infección, y justificado tal proceder por la Administración sanitaria, corresponde a la parte reclamante desvirtuarlo”*.

Correspondiendo a la Administración o, como en el caso sometido a consulta, al centro concertado en el que se prestó la asistencia sanitaria por derivación de la sanidad pública, la carga de probar que se adoptaron todas las medidas exigidas según el estado de la ciencia para evitar eventuales infecciones, la falta de aportación de dicha prueba, de fácil práctica para el mismo en los términos en los que se propuso por el actor y a pesar de la reiteración del requerimiento efectuado por la instrucción, determina que no pueda considerarse acreditado que el área quirúrgica del Hospital se encontrara en las condiciones de bioseguridad ambiental, limpieza y asepsia adecuadas, no siendo suficientes a estos efectos los asertos de la dirección del centro sanitario acerca del cumplimiento de los estándares exigibles en dichos ámbitos, máxime si se advierte que dicha dirección no deja de ser una persona privada a la que no resultan extensibles las presunciones que a efectos de prueba pueden beneficiar a los certificados expedidos por funcionarios públicos. Es decir, sin el soporte documental adecuado, dichos asertos no pasan de ser meras manifestaciones de parte.

### **TERCERA.- De los elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "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". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los razonablemente posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

De ahí que, como recuerda el Consejo de Estado en Dictamen 52/2020, sea doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de

marzo de 2018, rec. n.º 1016/2016) 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 todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituya 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 de l 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”.

La actuación del médico ha de regirse por la denominada “lex artis ad hoc”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis ad hoc” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La “lex artis”, por tanto, actú a como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervenientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 81.1 LPACAP (10.1 RRP), su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que “en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes”.

III. Estos criterios generales son también de aplicación, con modulaciones y adaptaciones, en los supuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños causados como consecuencia de infecciones adquiridas en el ámbito hospitalario, si bien la perspectiva de la *lex artis* ya no se refiere de forma personal o individualizada a un único facultativo o equipo médico, sino que a menudo su referencia es el conjunto de la organización o del centro sanitario en el que se presta la asistencia, dado el gran número de personas, con muy diversa tipología y cualificación profesional, que intervienen en la consecución de las debidas condiciones de asepsia y seguridad ambiental del ámbito hospitalario.

Asimismo, la normopraxis en este tipo de supuestos se identifica con el estricto cumplimiento de los protocolos de prevención, siendo la obligación de medios que incumbe a la Administración sanitaria en estos casos la de aplicar todos los posibles y razonables en función del estado de la ciencia en cada momento. Y ello desde la consideración de que existe un consenso científico acerca del hecho de que, aun aplicando medidas de prevención adecuadas, es imposible la completa erradicación del riesgo de producción de una infección en el paciente. De ahí que, informado cumplidamente el paciente del riesgo de infección y adoptadas las debidas medidas de profilaxis, asepsia, limpieza y seguridad ambiental, la responsabilidad de la Administración sanitaria

puede verse excluida (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2012, recurso 40/2012), sin perjuicio de advertir que existe una tendencia jurisprudencial a la acusa da objetivación de la responsabilidad en estos supuestos.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria.**

I. Para el actor, la causa de la infección que le aquejó se encuentra en la falta de las debidas medidas de asepsia en el área quirúrgica o en el material empleado durante la intervención de rodilla a la que se sometió el 2 de noviembre de 2015.

Para la Administración, por el contrario, el interesado no habría probado sus imputaciones de mala praxis mediante la aportación de una prueba adecuada y suficiente. Además, sobre la base del informe de la Inspección Médica, considera que la mera presencia de una infección postoperatoria no es acreditativa de la existencia de mala praxis, habiendo informado el centro sanitario donde se llevó a cabo la intervención acerca del correcto funcionamiento de la central de esterilización, de la realización de controles regulares sobre bioseguridad en el quirófano donde se intervino al paciente, y de que no tienen constancia de infecciones postoperatorias en los otros tres pacientes intervenidos en esa fecha en el mismo quirófano.

En esta misma línea se expresa el representante del centro sanitario concertado, para quien el riesgo de infección fue bajo en atención a las circunstancias que expresa en su escrito de alegaciones, que no hubo mala praxis y que el interesado consintió la operación de rodilla, lo que excluiría cualquier antijuridicidad del daño.

Como ya se indicó en la Consideración segunda de este Dictamen en los supuestos de infecciones nosocomiales y en atención al principio de facilidad y disponibilidad probatoria, corresponde a la Administración prestadora de la asistencia sanitaria probar el cumplimiento de los protocolos preventivos tendentes a la evitación de la proliferación de patógenos eventualmente causantes de infecciones en los pacientes mediante la aplicación de las actuaciones y técnicas de asepsia, limpieza, profilaxis y seguridad ambiental fijadas por la ciencia médica en cada momento. El cumplimiento acreditado de estas exigencias es lo que permite considerar que la Administración respetó su obligación de medios y es el criterio determinante para entender que en el desenvolvimiento de la prestación sanitaria aquélla se ajustó a la *lex artis ad hoc*. En relación con la distribución de la carga de la prueba en estos casos e insistiendo en lo que ya se indicó *supra*, señala la STSJ Murcia, núm. 7/2017, de 20 de enero, que “en aplicación del principio de facilidad de probatoria correspondía a la Administración acreditar que aquellas medidas precautorias para asegurar una asepsia, que no se ha demostrado que no fueran las correctas, se aplicaran en su integridad”.

Sin embargo, y como ya se adelantó en aquella consideración previa, la clínica privada a la que se derivó el paciente no ha llegado a probar documentalmente sus asertos acerca de la realización de controles regulares de bioseguridad y del resultado óptimo de los mismos, como tampoco ha aportado el protocolo de limpieza aplicable en el área quirúrgica ni los partes de limpieza de dicha zona el día de la intervención. Del mismo modo, no ha facilitado la información epidemiológica facilitada al programa EPINE relativa al año en que se produjo la intervención, que resultaría relevante en orden a conocer qué índice de infecciones nosocomiales registra el centro sanitario y qué patógenos son los más habituales en el mismo.

La no aportación de estos elementos de prueba al procedimiento, a pesar de haber propuesto su práctica el actor y haber sido admitida dicha prueba por la instrucción, que requirió de forma infructuosa hasta en dos ocasiones al centro sanitario para que aportara la documentación e información necesarias, determina que no pueda estimarse probado que la clínica desplegara la actividad preventiva de eventuales infecciones a que venía obligada conforme a las exigencias de la ciencia médica y, en consecuencia, no cabe considerar que su actuación se ajustara a la buena praxis médica. En la medida en que tampoco ha probado el centro sanitario el carácter exógeno de la infección, es decir, que se produjera fuera del centro y por causas enteramente ajenas a la asistencia sanitaria prestada en el mismo, cabe considerar que existe el necesario nexo causal entre el inadecuado funcionamiento de la clínica concertada y la infección padecida por el interesado. 0;

II. Sentado lo anterior, corresponde al actor probar que fue precisamente la infección nosocomial y no cualesquiera otros factores o circunstancias los que originaron el daño por el que reclama, que identifica con “los días de baja y con una pérdida de funcionalidad irrecuperable de la rodilla derecha”.

A tal efecto, no consta que el actor aportara al procedimiento un informe pericial que establezca dicha conexión

causa-efecto entre infección y daño reclamado, y tampoco puede desprenderse dicha relación del resto del expediente, al menos respecto del daño reclamado en todo su alcance. Y ello porque si bien sí existen algunos perjuicios que de conformidad con la historia clínica sí pueden ser considerados como causados por la infección (así los derivados de las dos intervenciones de limpieza de la herida), otros podrían tener su origen en la patología previa que padecía el interesado (rotura del ligamento cruzado anterior y del menisco interno) y que motivó la intervención o incluso podrían resultar inmanentes a la propia operación aunque en ésta no se hubiera producido la sepsis, como sería el tiempo de recuperación ordinario en una ligamentoplastia como la que se practicó al interesado.

#### **QUINTA.- *Quantum indemnizatorio y entidad obligada al pago.***

I. El actor identifica el daño por el que reclama como los días de baja y la pérdida de funcionalidad irrecuperable de la rodilla intervenida y, sin mayor precisión, lo cuantifica en 200.000 euros.

En relación con la secuela alegada, ésta no puede considerarse acreditada cuando ya el 22 de marzo de 2016, es decir, cuatro meses después de la intervención, el Servicio de Rehabilitación da el alta al paciente con la indicación de “rodilla funcional”, con un balance articular de 0/130 grados y un balance muscular de 5/5 en cuádriceps, psoas e isquios, aunque persiste dolor en interlinea interna.

Este dolor derivó en un proceso de incapacidad temporal entre el 3 de noviembre de 2015 (día inmediatamente posterior a la intervención quirúrgica de ligamentoplastia) y el 28 de octubre de 2016, por gonalgia derecha. Posteriormente, según refiere la Inspección Médica, consta otro periodo de incapacidad por el mismo motivo entre el 5 de junio y el 29 de septiembre de 2017.

En consecuencia, no procede indemnizar al actor en concepto de secuelas o lesiones permanentes por la pérdida de funcionalidad de la rodilla, pues ésta fue meramente transitoria. Por otra parte, tampoco puede considerarse como lesión permanente o secuela el dolor en la rodilla en la medida en que no ha sido así calificado de forma expresa por ningún informe médico y porque, según los datos obrantes en la historia clínica y, en particular, el último informe de revisión por el Servicio de Traumatología, de 26 de septiembre de 2016, el dolor evoluciona favorablemente, pues se anota la existencia de “menos dolor”.

Como ya se indicó más arriba no obra en el expediente un informe médico de valoración del daño corporal que delimita en qué medida los daños padecidos por el interesado son imputables a la infección o, por el contrario, se deben a la recuperación de la propia intervención. Y es que, descartada la indemnización en concepto de secuelas, procede atender al período de sanidad de las lesiones para determinar cuál sería imputable al proceso infeccioso que padeció el paciente.

En ausencia de un informe médico *ad hoc* procede atender a los obrantes en el expediente para extraer datos o elementos de juicio que guíen en este cálculo, para el que se tomará como referencia orientativa el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que estaba vigente a la fecha de la intervención quirúrgica de la que derivan los daños reclamados.

Dicha intervención tiene lugar el 2 de noviembre de 2015. El día siguiente a la intervención recibe el alta con la siguiente recomendación terapéutica: “*caminar, sin apoyar, con dos muletas durante 1 semana. Las siguientes 2 semanas comenzar con carga parcial progresiva con una muleta*”.

A la fecha del alta el proceso infeccioso todavía no ha debutado con los signos y síntomas propios, por lo que cabe considerar que la recomendación terapéutica que se realiza al paciente responde al período de recuperación ordinario de la cirugía, que cabe establecer en tres semanas. Estos 21 días impeditivos no serían imputables a la infección, sino a la propia intervención y corresponden al período de sanidad ordinario de ésta, por lo que habrá de deducirse del número de días impeditivos que haya que reconocer como indemnizables por responder al proceso infeccioso, que hizo más lenta la recuperación del paciente.

El 16 de noviembre el interesado acude a urgencias con signos de infección, se diagnostica de artritis aguda séptica post quirúrgica y es ingresado para su tratamiento, hasta el alta hospitalaria que recibe el 24 de noviembre.

Dos días después, el 26 de noviembre, vuelve a urgencias por recidiva de la sintomatología y es ingresado con el mismo diagnóstico anterior hasta el 4 de diciembre de 2015, en que recibe el alta hospitalaria.

Es valorado en la Unidad de Enfermedades Infecciosas el 23 de diciembre de 2015, donde recibe el alta el 26 de abril de 2016, ante la ausencia de signos de infección. No constan nuevos ingresos hospitalarios en este período.

A partir de este momento consta que sigue en revisión con el Servicio de Traumatología, que el 26 de septiembre de 2016, tras apreciar una mejoría en el dolor, cita para revisión en un año.

De lo expuesto, se deduce que el período de incapacidad temporal del paciente que puede ser directamente imputado al proceso infeccioso que sufrió en su rodilla abarcaría desde la fecha de la intervención, el 2 de noviembre de 2015, hasta el alta en la Unidad de Infecciosas el 26 de abril de 2016. De dicho período, 18 días serían de hospitalización y el resto (174 días) cabría calificarlos como impeditivos dado que el paciente se encontraba limitado físicamente y en baja laboral. No obstante, y como se ha señalado previamente, de estos días impeditivos habrían de restarse los 21 correspondientes a la recuperación ordinaria de la intervención, pues durante dicho período el paciente habría quedado impedido para el desarrollo de sus actividades habituales con normalidad aun cuando no hubiera contraído la infección nosocomial por la que reclama.

En síntesis, por el período de sanidad necesario para curar de la artritis séptica han de computarse 18 días de hospitalización y 153 días impeditivos, que en atención a las cantidades fijadas por el sistema de referencia para el año 2015 (Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), arrojan el siguiente resultado:

- 18 días de hospitalización por 71,84 euros/día = 1.293,12 euros
- 154 días impeditivos a razón de 58,41 euros/día = 8.995,14 euros

En la medida en que no se han justificado los ingresos económicos anuales del paciente no procede aplicar factor de corrección alguno.

En atención a lo expuesto, procede indemnizar al interesado con la cantidad de 10.288,26 euros.

II. En cuanto a quien corresponde asumir el pago de la indemnización, sin perjuicio de la responsabilidad directa de la Administración, a la vista de los hechos acaecidos y de los informes evacuados en el expediente, dicha obligación recae sobre el titular del centro privado. Y ello en atención a que, conforme a lo establecido en la Consideración cuarta de este dictamen, la causa del daño padecido por el actor es la falta de las condiciones de asepsia, limpieza o seguridad ambiental del área quirúrgica del centro concertado, conclusión a la que se llega ante la ausencia de prueba del estricto cumplimiento de los protocolos aplicables, y dado también que no consta en el expediente ni se ha alegado por el referido centro sanitario privado que tales condiciones vinieran impuestas o determinadas por órdenes u otras causas imputables a la Administración sanitaria regional. Se trata, por tanto, del resarcimiento de daños ocasionados a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, en aplicación de una regla ya clásica en la normativa de contratos de las Administraciones públicas y hoy recogida en el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Además, conforme a nuestra doctrina “*los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP* (también el citado artículo 196 LCSP) que expresamente se refiere a “*todos*” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”, párrafo transscrito proveniente de nuestro Dictamen núm. 21/2008.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, ya que procede declarar

la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños padecidos por el actor como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada, a resultas de la cual padeció una artritis séptica postquirúrgica que no venía obligado a soportar y cuya causa cabe residenciar en la falta de medidas de seguridad ambiental o de asepsia del área quirúrgica de la Clínica "Viamed San José", conforme a lo señalado en la Consideración cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización a abonar al actor por el titular del centro sanitario privado en cuyas instalaciones se produjo la infección habrá de ajustarse a lo indicado en la Consideración quinta de este dictamen, sin perjuicio de su pertinente actualización conforme a lo establecido en el artículo 34.3 LRJSP.

No obstante, V.E. resolverá.

