



SENTENCIA: 00889/2022

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-administrativo**

**Sección Segunda**

N.I.G: 33024 45 3 2021 0000007

<b>RECURSO</b>	<b>P.O. nº 748/2021</b>
<b>RECURRENTE</b>	<b>Doña [REDACTED]</b>
<b>PROCURADOR/A</b>	<b>Don Pedro Pablo Otero Fanego</b>
<b>LETRADO</b>	<b>Don José Antonio Quince Fanjul</b>
<b>RECURRIDO</b>	<b>Servicio de Salud del Principado de Asturias</b>
<b>REPRESENTANTE</b>	<b>Servicio Jurídico del SESPA</b>
<b>CODEMANDADO</b>	<b>Aseguradores Agrupados S.A.</b>
<b>PROCURADORA</b>	<b>Doña [REDACTED]</b>
<b>LETRADO</b>	<b>Don [REDACTED]</b>

**SENTENCIA**

Ilmos. Señores Magistrados:

Doña María José Margareto García, presidente

Don Jorge Germán Rubiera Álvarez

Don Luis Alberto Gómez García

Don José Ramón Chaves García

En Oviedo, a once de noviembre de dos mil veintidós.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número [REDACTED]/2021, interpuesto por doña [REDACTED]



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: JOSE RAMON CHAVES  
GARCIA  
11/11/2022 10:20  
Minerva

Firmado por: LUIS ALBERTO GOMEZ  
GARCIA  
11/11/2022 13:07  
Minerva

Firmado por: JORGE RUBIERA  
ALVAREZ  
11/11/2022 13:46  
Minerva

Firmado por: M.JOSE MARGARETO  
GARCIA  
14/11/2022 12:29  
Minerva

██████████ representado por el procurador don Pedro Pablo Otero Fanego y asistido por el letrado don José Antonio Quince Fanjul, contra, Servicio de Salud del Principado de Asturias representado y asistido por Servicio Jurídico del Sespa, siendo codemandado Aseguradores Agrupados representados por doña ██████████ ya asistidos por el letrado don ██████████ en materia de responsabilidad patrimonial.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don José Ramón Chaves García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.-** Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con

desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

**CUARTO.-** Por Auto de fecha 16/11/2021, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 2 de noviembre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- *Actuación impugnada***

1.1 Es objeto de recurso contencioso-administrativo por doña [REDACTED], la resolución dictada por la Consejería de Salud del Gobierno del Principado de Asturias de 13 de octubre de 2020, Expte. R.P.2019/13, por la que se desestimó la reclamación de indemnización a título de responsabilidad patrimonial derivada de asistencia en el Servicio de Traumatología del Hospital de Cabueñes.

1.2 La demanda se fundamenta en que, como consecuencia de la infección sufrida tras la intervención para colocarle una prótesis en la rodilla izquierda en octubre de 2011, se ha derivado en un menoscabo de movilidad y posibilidades de autonomía para las tareas básicas. Se invocaron los presupuestos normativos y jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial aplicándolo al caso concreto, exponiendo las circunstancias del fracaso de prótesis de rodilla citando literatura médica, y

concluyendo en los factores determinantes de la inmovilización de la rodilla izquierda:

a) Proceso infeccioso; b) Primer implante de prótesis tipo APEX(PS) realizado el 28/10/2011 que resultó defectuoso, con uso de material inadecuado; c) Aflojamiento de la prótesis de rodilla constatado en los informes, particularmente en el emitido por la clínica Géminis. Se señala que el resultado final en 2017 no era esperado al tiempo de la primera intervención en 2011, estando jalonado el intervalo de sucesivas intervenciones, tratamiento de profilaxis agudos y sintomatología dolorosa presente en todo el proceso hospitalario. Como consecuencia se invocó la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, con cita de la STS de 18 de julio de 2019, de la Sala primera, que focaliza la responsabilidad en la existencia de infecciones nosocomiales que no deben perjudicar al enfermo que sufre una patología que no padecía a su ingreso, por lo que no debe correr con la carga de la prueba; d) Se adujo la Ley 41/2002, de autonomía del paciente para reflejar la ausencia de información en la primera intervención del riesgo de que terminaría con la anulación funcional de la extremidad. En consecuencia, se solicita la indemnización del perjuicio según las bases establecidas y a determinar en ejecución de sentencia.

1.3 Por la Administración se formuló contestación a la demanda afirmando la correcta aplicación de la lex artis y consentimiento informado. Se negó el daño desproporcionado y se alertó de la prescripción de la acción.

1.4 La codemandada, Aseguradores Agrupados S.A., tras insistir en la franquicia de cobertura de su póliza de 12.000 €, formuló contestación girando básicamente en cuanto a aducir varias vertientes: a) Prescripción de la acción pues la reclamación se presenta el 28 de diciembre de 2018 por lo que se deriva de la artoplastia en rodilla izquierda realizada el 3 de marzo de 2017, cuando en julio de este año ya eran conocidas las limitaciones; se señaló que las curaciones y revisiones no interrumpen o prorrogan el plazo de prescripción de la acción; b) Falta de prueba de los hechos determinantes de la responsabilidad, incumpliendo el art.217.2 LEC. Los daños de la paciente son derivados del cuadro basal muy desfavorable en lo que atañe a la rodilla izquierda, no imputable al Hospital de Cabueñes; c) El consentimiento informado

contemplaba tanto las infecciones como la pérdida definitiva de movimiento, que son riesgos típicos y asumidos, inherentes a la cirugía de artroplastia de rodilla; d) Se tomaron todas las medidas de asepsia y desinfección; e) Se rechazó todo daño desproporcionado; f) Exceso y falta de justificación de las cantidades reclamadas.

## **SEGUNDO.- Antecedentes fácticos**

Constituyen antecedentes relevantes:

1. El 7/11/2011 doña [REDACTED] es intervenida para colocarle una prótesis en la rodilla izquierda.
2. Al infectarse el material protésico, confirmado el 5/12/2012, se remite a la actora a la Clínica de Medicina Nuclear [REDACTED], en la que se le practican pruebas de Gammagrafía Vascular y Ósea en el período 2012-2016.
3. El 24/2/2014 se procede a la retirada del material protésico y el 24/4/2104 se le practica una artroplastia de revisión de bisagra, con diagnóstico de nueva infección.
4. El 23/12/2014 se le colocó una prótesis de revisión tras tratamiento antibiótico y control por infección.
5. El 24/11/2016 se realizó intervención quirúrgica para retirada del material protésico y colocación de espaciador de cemento con antibiótico.
6. Ante la queja de la paciente ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital de Cabueñes, se desplazó un médico rehabilitador al domicilio de la paciente, quien no consideró viable ninguna intervención.
7. El 3/3/2017 en el Hospital de Cabueñes se practica la artrodesis en la rodilla izquierda. La herida quirúrgica presenta evolución tórpida con necesidad de curas hasta noviembre de 2017.
8. El 4/4/2018 la paciente presenta buena evolución pero ante la artrodesis de rodilla izquierda, la paciente sufre restricciones para la movilidad necesaria en las actividades básicas de la vida diaria.

### **TERCERO.-** *Marco jurisprudencial*

3.1 En materia de responsabilidad sanitaria hemos de partir de lo señalado por la STS de 16 de marzo de 2.005 (rec. 3149/2001), en cuanto «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente», o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso. En concreto, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo afirmó que «La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y esto es, precisamente, lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugería, desde el punto de vista médico, la evolución del cuadro médico que presentaba el paciente» (STS del 18 de julio de 2016, rec. 4139/2014).

3.2 Hemos de partir de la doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad, tal y como la estableció la STS de 6 de febrero de 2018 (rec.2302/2016): "Centrado el debate en determinar si puede considerarse que en el caso de autos existe un supuesto de pérdida de oportunidad, debemos comenzar por recordar que la Jurisprudencia de esta Sala, ya desde los años noventa del pasado siglo, ha venido admitiendo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de las Administraciones Públicas, la posibilidad de que se pueda acceder a la declaración de dicha responsabilidad, no solo por el hecho que se haya omitido la "lex artis ad hoc" que requería la asistencia sanitaria

prestada a un ciudadano por los servicios sanitarios, que es el parámetro de determinar la antijuridicidad en este ámbito de la institución indemnizatoria.

Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la "lex artis" o la concurrencia de la misma, con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización, es el supuesto de la pérdida de oportunidad que, como recuerda la sentencia de 13 de enero de 2015 (recurso de casación 612/2013 ), con cita abundante, *" la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo,... 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."*

Ahora bien, en este supuesto, el daño viene propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica, es lo cierto que de haber existido un tratamiento diferente, que no es ajeno a la propia medicina, existe la duda de si se habría producido el resultado lesivo, exigencia de esa probabilidad sobre la que se pone la nota de la pérdida de oportunidad por la jurisprudencia ( sentencia de 3 de julio de 2012; rec. 6787/2010) y que ha de vincularse, de un lado, a la prueba practicada en el proceso, de otro, que, sobre esa base, existiera el convencimiento que de haberse adoptado un tratamiento diferente, o con diferentes criterios, el resultado podría haberse disminuido o incluso haberse evitado. Como señala la sentencia 1177/2016, de 25 de mayo (recurso de casación 2396/2014) *"la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética."*

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad debe vincularse, dentro de la estructura general de la institución de responsabilidad

patrimonial de las Administraciones Públicas, en el nexo causal, de tal forma que cuando se haya acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, que es contraria a la "lex artis", se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano.

Los supuestos de pérdida de oportunidad constituyen un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico o tratamiento diferente al que fue correcto, o una mayor celeridad de asistencia que se apartó del estándar debido, podría haberlo evitado o hacerlo disminuir.

#### **CUARTO.- Prescripción**

La administración y la aseguradora codemandada aducen que la parte demandante ha excedido el plazo de un año para reclamar indemnización puesto que ya estaban consolidados los perjuicios cuya indemnización se reclama en julio de 2017, mientras que la reclamación se presenta el 28 de diciembre de 2018 (folio 2 expte.).

El art.67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común establece que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Este motivo ha de rechazarse porque el 3 de marzo de 2017 se realizó la intervención de la artoplastia en la rodilla izquierda, y el 7 de julio de 2017 en Traumatología se informa de restricciones a la movilidad pero se limita a constatarlas, sin reflejar su naturaleza, intensidad o estabilidad, por lo que en ese momento no tenía certeza la paciente sobre si las mismas se habían identificado en su extensión, estabilizado o si eran reversibles, y por tanto, en esa incertidumbre, no podía considerar abierto el plazo para poder reclamar.

Así pues, debe estarse a un criterio restrictivo en cuanto a la prescripción de la acción ya que supone el cierre a la tutela judicial efectiva de fondo, derecho fundamental (art.24 CE) que ha de ser objeto de interpretación flexible y efectiva, y que atendiendo a las singularidades del presente caso, nos lleva a considerar que realmente se produjo el conocimiento cabal, completo y exacto por parte del paciente de la entidad del perjuicio sufrido, en el día 4/4/2018, cuando la administración hospitalaria constata la buena evolución pero ante la artrodesis de rodilla izquierda, la paciente sufre restricciones para la movilidad necesaria en las actividades básicas de la vida diaria.

A partir de este momento arrancaríamos el año para reclamar, por lo que la formulación de la reclamación indemnizatoria el 28 de diciembre de 2018 ha de tenerse por eficaz en cuanto a su presentación en plazo.

#### **QUINTO.- *Sobre el consentimiento informado***

La demanda invoca la Ley 41/2002, de autonomía del paciente para reflejar la ausencia de información en la primera intervención del riesgo de que terminaría con la anulación funcional de la extremidad.

Basta examinar el consentimiento informado obrante en el expediente y autos, para la intervención de Artrodesis rodilla izquierda, firmado el 25 de enero de 2017, para constatar que se plasma expresamente como consecuencias posibles, o riesgos típicos de la intervención, la pérdida definitiva de movimiento, así como advertencia del riesgo general de toda intervención relativo a la posibilidad de infecciones.

Por tanto, la paciente conocía y consintió en el riesgo del que fue cabalmente informada, tanto en cuanto al fatal desenlace de la pérdida de movilidad, como a la incidencia de infecciones inherentes a la intervención quirúrgica. Una cosa es que el paciente lógicamente no cuente con que se materialicen los riesgos de la intervención y otra muy distinta que si fatalmente se producen, pueda desdecirse de lo consentido, ni mucho menos calificarse de desproporcionados, ni lo que son limitaciones inherentes a la intervención de artrodesis de rodilla, ni lo que son consecuencias de eventuales infecciones.

Es evidente que se consiente en aceptar tales riesgos, sin perjuicio de la humana queja frente a su efectiva realización; de esta manera, el paciente consiente reflexivamente sobre un escenario de incertidumbre, y lógicamente se entiende la queja respecto de un escenario desfavorable materializado.

**SEXTO.-** *Sobre la vulneración de la Lex artis*

La alegación de la parte demandante de la vulneración de la lex artis o sobre el uso de material inadecuado por parte del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, con ocasión de la intervención de artroplastia total en rodilla izquierda el 28/10/2011, se desploma por falta de fundamento alegatorio convincente y de pruebas periciales que lo respalden.

En efecto, la demanda no aporta ningún informe pericial que desde la ciencia médica identifique, explique y censure críticamente los supuestos errores de ejecución de la intervención quirúrgica. En cambio, los informes médicos de salud pública (Informe Técnico de Evaluación emitido por el Servicio de Inspección y Servicios y Centros Sanitarios ,f.28 y ss. EA), el informe emitido por la Jefe de Sección de Traumatología del Hospital de Cabueñes (f.21 EA) o el informe pericial de la parte codemandada, a cargo del doctor [REDACTED], Médico especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, son tajantes en cuanto a la corrección de la ejecución de la intervención, y adecuación de medios utilizados.

Es más, en cuanto a la deficiencia del material utilizado, el esfuerzo del demandante por demonizar la prótesis modelo Apex carece de todo fundamento objetivo y además consta que la paciente tiene ese mismo modelo en la rodilla derecha, la cual no se infectó.

Por tanto, no existe fundamento para apreciar vulneración de la lex artis ad hoc, ni dato objetivo procedente de literatura médica o informes de especialistas que sostengan y demuestren la causalidad del daño imputable a la técnica o medios usados en la intervención quirúrgica inicial, ni en las sucesivas, por lo que hemos de desestimar esta vertiente impugnatoria.

## SÉPTIMO.- *Sobre las infecciones*

7.1 Aduce la demanda que de las infecciones y enfermedades nosocomiales en general, debe responder la administración hospitalaria, como en el caso de autos, en que se presenta una primera infección con ocasión de la intervención quirúrgica y persiste ulteriormente, que marcaron una larga atención hospitalaria con menoscabos, dolores y padecimientos.

Pues bien, consta el consentimiento en el riesgo de infecciones hospitalarias, pero ello no implica consentir en la falta de asepsia para combatirlas.

Por un lado, rechazamos la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios a efectos de desplazar la carga prueba y pretender una responsabilidad objetiva de la Administración, pues como establecen la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2007 y la STS de 20 de noviembre de 2021 (rec.4598/2011)«afecta a aspectos funcionales pero no a actos médicos».

Por otro lado, y ya centrados en el examen de las enfermedades nosocomiales e infecciones, debe desterrarse el automatismo del binomio infección-indemnización, pero se produce el desplazamiento de la carga de la prueba de la asepsia y cumplimiento de protocolos para evitar infecciones a la administración hospitalaria por aplicación del elemental principio de facilidad y disponibilidad probatoria, que deriva del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que "[...] para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". Así, la STS de 5 de octubre de 2010 (rec.4007/2006) precisa que: “Es claro que el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer

una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del art. 139.1 LRJ-PAC y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración". Sin embargo, ello no exonera de la carga probatoria en manos de la administración de aportar, indicar o explicar los protocolos o medidas preventivas de asepsia, documentando su efectiva aplicación, en relación con las intervenciones quirúrgicas sobre las que recae la sospecha fundada de ser el origen de la infección. Como señala la La sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 (rec.4674/2006): *"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"*.

7.2 Pues bien, en el caso que nos ocupa, la intervención quirúrgica tiene lugar el 28/10/2011; el 31/10/2012 un estudio gammagráfico informó de sospecha de infección ósea, que se confirma el 5/12/2012. El 24/02/2014 la paciente fue intervenida para la extracción de la prótesis, realizándose un segundo recambio el 23/4/2014, y el 25/3/2015 la paciente acudió a Urgencias por dolor en rodilla izquierda, hasta que el 19/19/2016 se constata la presencia de estafilococo. Tras la extracción del implante el 24/11/2016, se inicia tratamiento antibiótico y recibe el alta el 12/12/2016.

Bajo esta perspectiva, las partes demandadas se limitan a afirmar que se han observado las condiciones de asepsia pero no han invocado y justificado qué concretos criterios, protocolos o medidas de asepsia se han seguido en las intervenciones quirúrgicas, planteándose la persistencia y arrastre de las infecciones desde la primera intervención quirúrgica. La alusión a un cuadro basal desfavorable sobre la rodilla izquierda no excusa de la actividad de asepsia. Ni tampoco puede refugiarse la administración en la supuesta notoriedad del riesgo de tales infecciones, pues algún tipo de medida preventiva de asepsia de infecciones tendrán adoptado, especialmente cuando la propia administración se acoge en su propio informe técnico de Evaluación que *“La incidencia de infección en prótesis primaria oscila en torno al 2%, siendo mayor entre las artroplastias de revisión, ya que la intervención sobre una articulación con antecedente de artroplastia previa ha sido identificado como factor de riesgo relacionado con la infección. El tratamiento de dichas infecciones supone una gran morbilidad, hospitalización prolognada y una media de 3,7 intervenciones/paciente y las reinfecciones pueden tener una mortalidad del 3-18%”*; pues bien, la ocasión de indicar el protocolo o medidas asépticas utilizadas (o justificación técnica de su imposibilidad) es al tiempo de contestar a la demanda, sin que la administración se haya molestado en aportarlo o indicarlo en su contestación, y sin que la parte codemandada haya solicitado prueba a cargo de la Administración para que informe al respecto (es más, ambas contestaciones no alzan como punto de hecho específico a probar las condiciones de asepsia o prevención de infecciones).

Es admisible que la literatura médica refleje una incidencia de infección en prótesis primaria en torno al 2%, pero tal dato parte de un contexto de asepsia idóneo, aunque resulte inevitable esa escasa incidencia. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se ha producido una persistente infección de protésis tras la primera intervención crítica, y sin que se haya acreditado en los presentes autos, la utilización de los estándares mínimos de limpieza, esterilización y prevención, pues insistimos, pese a que la administración cuenta con la facilidad probatoria que deriva del art.217 LEC no identifica ninguna medida prequirúrgica o intraquirúrgica que se hubiese adoptado,

tales como la optimización del paciente, la descolonización bacteriana, o lavado antes y durante la intervención, por ejemplo. En consecuencia, hemos de considerar que existe responsabilidad de la administración sanitaria por la ausencia de la diligencia preventiva debida, y no existiendo la debida asepsia se ha propiciado la infección, lo que encierra una privación de las oportunidades de elusión del daño o al menos de mitigar la entidad de sus consecuencias, contexto explicativo que merece la calificación jurídica de “pérdida de oportunidad”. Aunque la demanda no efectúa esta precisa calificación jurídico-técnica, los fundamentos y argumentación expuestos en la demanda sobre el impacto que supuso la infección en cuanto al resultado final y que se hubiere evitado o paliado si no tuviese lugar, nos permiten aplicarla bajo el iura novit curia, y resolver en consecuencia y congruencia con tales planteamientos.

#### **OCTAVO.- *Indemnización***

Descartada la falta de consentimiento informado y la vulneración de la lex artis, apreciamos la pérdida de oportunidad en cuanto podía haberse prevenido la infección inicial así como haber atajado su persistencia durante todo el proceso asistencial, siguiendo el protocolo adecuado, aunque resulte imposible afirmar con certeza la potencial eficacia preventiva plena por la naturaleza atípica e imprevisible de las enfermedades nosocomiales; ello sin olvidar que tampoco se alcanza la certeza del momento específico de asistencia hospitalaria en que se contrajo, constando su inmediatez tras la primera intervención quirúrgica, y provocando que tuviere que soportar la paciente en todo el proceso asistencial tres intervenciones sobre su rodilla izquierda, desembocando en una cuarta (3/3/2017) que ha supuesto una intensa reducción de sus facultades de movilidad básicas con el consiguiente malestar, desazón y pérdida de calidad de vida.

De ahí, que las probabilidades de que el curso de la enfermedad fuere distinto del efectivamente acontecido, son escasas, pero no podemos ni debemos descartar que una plena asepsia podría quizá haber evitado esas maliciosas infecciones y sus consecuencias gravosas. Asimismo, debemos unir, que la demanda vulneró

inicialmente la carga de fijar la indemnización en demanda, lo que deriva del mandato al dictar sentencia del art.209 LEC (“También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia”), aunque posteriormente lo precisase con fecha 25 de mayo de 2021, en la cifra alzada de 146.919 €, si bien carente de cálculo riguroso y sin anclaje en concretas circunstancias. Añadiremos también como factor que mitiga la vinculación entre la infracción preventiva y el daño, la constatación de un cuadro basal de antecedentes de dolor y falta de movilidad muy graves al tiempo de someterse a intervención quirúrgica.

Fruto de este contexto de incertidumbre y teniendo en cuenta los factores indicados, bajo nuestro prudente arbitrio hemos de fijar a título de indemnización por la pérdida de oportunidad la cifra total de 18.000 euros, comprensiva de todos los conceptos y perjuicios, y particularmente del daño moral derivado de la deficiencia constatada, e incluyendo actualizaciones e intereses referido a la fecha de dictarse la presente sentencia.

#### **NOVENO.- Costas**

No se imponen las costas dada la estimación parcial del recurso.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña [REDACTED], frente la resolución dictada por la Consejería de Salud del Gobierno del Principado de Asturias de 13 de octubre de 2020, Expte. R.P.2019/13, por la que se desestimó la reclamación de indemnización a título de responsabilidad patrimonial derivada de asistencia en el Servicio de Traumatología del Hospital de Cabueñes.

Se reconoce el derecho a la indemnización en la cuantía total de 18.000 €



Sin costas

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala recurso de casación en el término de treinta días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.



