



LAS INFECCIONES NOSOCOMIALES NO SON SIEMPRE EVITABLES*

**(a propósito de la aplicación del art. 148 TRLCU a las infecciones
intrahospitalarias)**

Dra. M^a del Carmen González Carrasco**

Catedrática de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Consejera académica de Moreno Boj & Equipo, MBE

Fecha de publicación: 12 de marzo 2020

En el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido desestimado las pretensiones indemnizatorias derivadas de las infecciones intrahospitalarias cuando, a lo largo del proceso, queda suficientemente acreditado que por parte del centro sanitario público se adoptaron las medidas de asepsia y control adecuadas a las circunstancias, y que existió una correcta información asistencial previa dirigida a la obtención de un consentimiento válido de cara a la asunción de los riesgos de infección asociados al tratamiento o intervención [por todas, STS 3^a 9 octubre 2012, RJ 2012, 9798].

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Provisional de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2019.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6452-2911>



Un análisis fáctico de los supuestos de responsabilidad por infecciones nosocomiales en el ámbito de la sanidad privada enjuiciados en el Orden Civil, conduce a la misma conclusión. A pesar de las alusiones jurisprudenciales a la responsabilidad objetiva derivada del art. 148 TRLCU, detrás de cada condena existe siempre un elemento de culpa que se deriva de la falta de prueba del correcto funcionamiento del servicio.

Es cierto que el art. 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras normas complementarias (aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante, TRLCU), así como los artículos 27 y 28 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, imponen una garantía de calidad y de seguridad tanto en la Medicina Privada como en la Pública (artículo 29); pero el régimen de responsabilidad que puede deducirse de estas normas cede ante la causa de exoneración de por los llamados “riesgos del desarrollo”, que no significa otra cosa que decir que el prestador de servicios sanitarios (sea público o privado), no responderá si, a pesar de transitar por un ámbito de responsabilidad guiado por estándares de calidad y seguridad “objetivas”, el daño sufrido por el paciente tiene su causa en una circunstancia que el estado de la ciencia y de la técnica existente en el momento de su producción no permitía prevenir o evitar. La concreción del estado de la ciencia y la técnica en este tipo de infecciones requiere la prueba de la implementación y cumplimiento de los protocolos y participación del centro hospitalario en los programas de seguridad del paciente centrados en la prevención de infecciones intrahospitalarias; pues nada más puede hacer un centro hospitalario por la total asepsia en sus instalaciones, sin comprometer la efectiva prestación de sus servicios, cuando se trata de un tipo de evento adverso imposible erradicar de forma absoluta del medio hospitalario, habida cuenta de su dependencia de factores ajenos a la organización del mismo, como son la predisposición en el paciente y la propia resistencia bacteriana (Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía Práctica 2ª, año 2003, p. 4., disponible en: https://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf).

Sin embargo, la STS de la Sala 1ª (civil) núm. 446/2019 de 18 julio (RJ 2019\3471) parece suponer un paso atrás en la anterior conclusión. La citada resolución ha sido dictada con ocasión de una infección intrahospitalaria sufrida por un paciente de avanzada edad hospitalizado en un centro sanitario privado. Centro que acreditó haber cumplido rigurosa y ampliamente con los protocolos y medidas de seguridad del paciente existentes en materia de asepsia, y así le había sido reconocido a través de diversas publicaciones. Sin embargo, el TS condena al centro hospitalario, por entender que “*los daños causados por el correcto uso del servicio sanitario, entendido como el aspecto funcional del mismo, quedan sometidos al régimen de responsabilidad objetiva del art. 148 del RDL 1/2017,*



de 16 de noviembre, siendo la prevención de las infecciones nosocomiales una obligación de seguridad del centro hospitalario, además de ser un hecho previsible y evitable”.

Si se interpreta su *ratio decidendi* de forma aislada, la doctrina que se deriva de esta sentencia va mucho más allá de la que hasta ahora ha venido interpretando el art. 148 TRLCU, y es ineficiente en términos de prevención de infecciones nosocomiales.

Decimos que la doctrina que se extrae de la sentencia citada va mucho más allá de la doctrina recaída sobre el art. 148 TRLCU porque, en la interpretación de esta norma, el TS se había limitado a afirmar que la responsabilidad objetiva prevista en la norma es predicable únicamente de los “servicios sanitarios” en su aspecto puramente funcional, y no a la prestación individual médica [SSTS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), 4 marzo 2013 (RJ 2013, 2167), 24 mayo 2012 (RJ 2012, 6539), 27 diciembre 2011 (RJ 2012, 166), entre otras muchas anteriores]. Y que la exoneración de responsabilidad ante una infección nosocomial exige que, en virtud del principio de facilidad probatoria, sea el centro sanitario demandado el que acredite la inexistencia de deficiencias funcionales del servicio y la dificultad de impedir la infección que se presenta [SSTS, 1^a, 5 enero 2007 (RJ 2007, 552) y 4 julio 2007 (RJ 2007, 5124)]. Pero lo que nunca se había afirmado es que una infección nosocomial constituya un evento adverso evitable y que el seguimiento de los protocolos de asepsia – como el que el hospital demandado realizaba de forma probada- sea un factor despreciable en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios. En efecto, a día de hoy, ni la más desarrollada técnica de asepsia intrahospitalaria es capaz de lograr la erradicación total de las infecciones nosocomiales (circunstancia que, en el ámbito privado, coincide con la inevitabilidad propia de la fuerza mayor). De hecho, la cifra de prevalencia en EEUU se ha estancado en torno al 5% de pacientes desde hace ya varios años, y la inexistencia de otras infecciones en el período en que estuvo ingresado el paciente, probada durante el proceso, tiene también su importancia, si tenemos en cuenta que, como la propia STS afirma, la cifra de prevalencia de infecciones es un indicador reconocido de calidad asistencial de los centros hospitalarios.

La doctrina que se deriva de esta sentencia es, además, ineficiente en términos de prevención. Su eventual consolidación como doctrina jurisprudencial podría desincentivar la inversión de los centros sanitarios en la adopción de medidas de seguridad del paciente. El mensaje que a través de ella llega a los centros sanitarios es que, acaecido el evento infeccioso, la condena será inevitable a pesar de la más exquisita implementación por parte del centro de los protocolos de seguridad recogidos por el Ministerio de Sanidad. La consecuencia de esta doctrina de la evitabilidad de las infecciones nosocomiales es que los centros rebajarán su nivel de exigencia en seguridad del paciente e invertirán en seguros de responsabilidad civil. Y éstos, a su vez,



incrementarán sus primas en el sector privado, en función del aumento de las condenas, y se retraerán del sector sanitario público en la medida en que éste no esté dispuesto a pagarlas. Flaco favor al conjunto de los pacientes y al objetivo de la implantación generalizada de medidas organizativas basadas en su seguridad.

Habría sido más beneficioso para el funcionamiento del sistema sanitario en su conjunto poner en el centro de la decisión el verdadero fundamento del fallo: que *esta concreta infección intrahospitalaria* -pero no la generalidad de ellas- podría haberse evitado si la estancia en el hospital no se hubiera prolongado, como así ocurrió a causa de la demora en la obtención del informe del TAC realizado al paciente, provocada a su vez por la descoordinación de los distintos servicios sanitarios involucrados en el tratamiento. En definitiva, lo que parece motivar la condena, más allá de los estrechos límites impuestos por el debate casacional, es la imputación causal por agravación del riesgo por parte del centro demandado, y no el carácter objetivo de la responsabilidad derivada de la existencia de la infección nosocomial. Una vez más, aparece el elemento de la culpa, poniendo de manifiesto la positiva tendencia a la subjetivación de la responsabilidad sanitaria en todos sus ámbitos. En definitiva, el art. 148 TRLCU no incorpora una responsabilidad objetiva pura, sino ligada a fallos funcionales del servicio cuya inexistencia debe acreditar el centro demandado a través de la prueba de la adopción de las medidas adecuadas para su prevención. Pues, como afirma la STS (1ª) de 28 noviembre 2007 (RJ 2007, 8427), “*si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales "servicios", se pone en relación con su apartado 1, como parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la "garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación" como los "controles de calidad", naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos*”.