



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Fernández Costales, Consejero
y Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 4 de mayo de 2005, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 6 de abril de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxxxxxx debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de abril de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 356/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- Con fecha 22 de junio de 1996, D. xxxxxxxxxxxxxx es atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital General hhhhh como consecuencia de una caída casual, con diagnóstico radiográfico de fractura condilo-humeral izquierdo. Ingresa en el Servicio de Traumatología de ese centro hospitalario,



instaurándose el tratamiento médico oportuno y la inmovilización de la extremidad.

El día 26 de junio de 1996 es intervenido realizándosele una "reducción y síntesis con tornillo canulado"; el 28 de junio se le da el alta hospitalaria.

En una de las revisiones post-operatorio se aprecian signos compatibles con una infección en la zona intervenida, por lo que es ingresado de forma programada el 18 de julio de 1996 e intervenido de nuevo el 24 de julio procediendo a la "limpieza y desbridamiento con extracción del tornillo". Tras una evolución favorable, es dado de alta el 8 de agosto.

En sucesivas revisiones en consulta externa se aprecia la instauración de una osteomielitis que no mejora con el tratamiento habitual, por lo que se estima la conveniencia de que el paciente sea valorado en la Unidad de Sépticos del Hospital rrrrrrr.

Cuando acude a consulta en dicho hospital, en diciembre de 1996, se observa en el codo izquierdo una cicatriz quirúrgica, una disminución de la movilidad y ningún signo clínico de actividad de su osteomielitis.

En el mes de abril de 1997 se le practica una gammagrafía ósea, no mostrando ningún signo de actividad de su osteomielitis. El 16 de septiembre de 1997 es visto de nuevo, persistiendo la ausencia de signos clínicos de actividad de su osteomielitis.

Segundo.- D. xxxxxxxxxx, mediante escrito presentando el 7 de agosto de 1997 ante el Insalud, reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria como consecuencia de la aparición, tras la realización de una "osteosíntesis con tornillo canulado y aguja, así como una posterior inmovilización con yeso", de "signos de artropatía compatible con osteomielitis y artritis del codo, que consiste en una alteración en el contorno y en la señal de cóndilo humeral especialmente en la zona externa, así como afectación de ambos márgenes articulares y abundante líquido libre intrarticular con mala definición y aumento de señal de las partes blandas periarticulares".



Tercero.- El 2 de septiembre de 1997 se remite a la Subdirección General de Inspección Sanitaria del Instituto Nacional de la Salud la reclamación suscrita por D. xxxxxxxxxx, junto con la información previa recabada en los archivos clínicos. Constan en el expediente la historia clínica del interesado y, entre otros, los siguientes informes:

- Informe de la Inspección Médica, emitido por la doctora Dra. vvvvvvv, Jefe de Área de Inspección, el 20 de enero de 1997, entre cuyas consideraciones señala:

“Estamos ante un cuadro de infección en codo izquierdo, secundario a síntesis por fractura de condilo humeral, en cuya intervención se incluyeron todas las medidas de profilaxis antibiótica y asepsia habitual. Posteriormente y tras proceder a la limpieza y desbridamiento con extracción del tornillo se instaura profilaxis intravenosa pre y postoperatoria adecuada como lo demuestra el cultivo del exudado realizado el 23.7.96, positivo al estafilococo simulans y aureus.

»Referente a la infección ósea denominada osteomielitis, el estafilococo es el agente responsable más común, casi exclusivo de la osteomielitis aguda. En el 50% de los casos aproximadamente se descubre el antecedente de una infección cutánea, casi siempre un forúnculo unos días antes y otras veces el de un traumatismo sobre el proceso infectado e incluso los traumatismos leves originan pequeños hematomas metafisarios que se infectan con facilidad.

»Dadas las características del proceso `osteomielitis´ no se puede garantizar la no reactivación del mismo pero mientras tanto, el enfermo puede realizar su vida normal, excepto las limitaciones que le impongan la disminución de la movilidad del codo y la artrosis secundaria del mismo”.

- Los partes de reclamación de responsabilidad civil cumplimentados por los facultativos intervinientes.

- El informe emitido el 9 de octubre de 1997 por el Jefe de Sección de Coordinación de Áreas de Inspección del Hospital rrrrrrr, en el que se señala:



“El enfermo D. xxxxxxxxxxx fue visto por primera vez en la Unidad de Sépticos por presentar como secuela de una fractura de cóndilo humeral izquierdo acaecida el 22-2-96 y que fue intervenida con una osteomielitis secundaria de dicha zona.

»El enfermo ha sido intervenido en otra ocasión y tratado con diversos antibióticos.

»En el momento de acudir a la consulta, en codo izquierdo se observaba una cicatriz quirúrgica, disminución de la movilidad y ningún signo clínico de actividad de su osteomielitis.

»Se le ha practicado al enfermo en Abril del 97 una Gammagrafía ósea y en ese momento no mostraba ningún signo de actividad de su osteomielitis. El 16-9-97 ha sido visto el enfermo por última vez persistiendo la ausencia de signos clínicos de actividad de su osteomielitis”.

- Informe de D. gggggggg, licenciado en Medicina y Cirugía, especialista en Medicina de la Educación Física y el Deporte, emitido el 20 de marzo de 1998. En éste toma en consideración el antecedente de haber padecido un flemón periamigdalino seis meses antes de sufrir la fractura y señala, además, que “en el caso que nos ocupa existe un antecedente traumático, que es la caída casual originaria de la fractura de cóndilo humeral (...). El protocolo y cuidados postoperatorios son del todo correctos, pautándose una antibioterapia convencional de cobertura. Si bien es en el curso del postoperatorio cuando comienzan a aparecer signos de inflamación locales que no ceden al tratamiento, apareciendo un absceso, el protocolo requerido es correcto (...). Es de importancia señalar que en los dos tiempos quirúrgicos se dejaron drenajes de redón, como medida profiláctica para evitar la formación de hematomas. El tratamiento recibido hasta comenzar la rehabilitación, así como su evolución es satisfactoria y correcta, siendo en el curso de aquélla cuando aparecen signos de inflamación”. Concluye determinando que “no se puede imputar la causa de infección al acto quirúrgico pues en un 50% de casos hay antecedentes de infecciones cutáneas o de mucosas (...). La no curación de una osteomielitis aguda, con un tratamiento adecuado, es una complicación que aparece en un 10% de los casos. Dadas las características de la osteomielitis crónica, no se puede garantizar la no aparición de brotes agudos a lo largo de toda la vida. El paciente puede llevar una vida sólo



limitada por las secuelas de movilidad de su codo. Las actuaciones médicas fueron en todo momento las adecuadas”.

Cuarto.- Durante el trámite de audiencia, el 13 de mayo de 1998 comparece D. yyyyyyyy en representación legal de D. xxxxxxxxxx, teniendo vista del expediente.

El 22 de mayo de 1998 tiene entrada el escrito de alegaciones del interesado, en el que reitera las manifestaciones realizadas en el escrito de reclamación y señala que discrepa del parecer de la Inspección Médica debido a que “el compareciente acudió al Hospital General hhhhh con una fractura cerrada, por lo que cualquier agente infeccioso sólo pudo proceder del mismo Hospital, y no de agentes externos al mismo”. Cuantifica los daños y perjuicios sufridos hasta la fecha en 1.499.978 pesetas, y solicita “reconocimiento expreso de que por parte del Insalud o el organismo que en su día se pueda sustituir, se deberá proceder a indemnizar en su día, todos aquellos daños materiales (por daño emergente o lucro cesante) y daños personales, que se puedan ocasionar en el futuro al compareciente y que se acrediten, como consecuencia de la reactivación del proceso `osteomielitis´ que padece el compareciente”.

Quinto.- En las fechas 30 de diciembre de 1999, 29 de enero de 2001 y 13 de enero de 2005 el interesado presenta distintos escritos en los que reitera su reclamación.

Sexto.- Con fecha 14 de febrero de 2005, el Director General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud firma la propuesta de resolución del expediente, considerando que debe desestimarse la reclamación.

Séptimo.- El 22 de febrero de 2005 el Director General de Administración e Infraestructura firma la propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, desestimando la reclamación. Se basa en la consideración de que no hay un nexo causal y que la actuación médica fue ajustada a la *lex artis*.

Octavo.- El 8 de marzo de 2005 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden indicada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen, según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f) del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, en la resolución que se dicte debe añadirse el correspondiente pie de recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Además, hay que añadir la posibilidad de interponer recurso de reposición conforme a los artículos 116 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 61.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

3ª.- Concurren en el reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

No es ajeno este Consejo a la polémica que puede suscitar el caso analizado en relación con la atribución de la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haberse iniciado antes de la fecha de efectividad del traspaso de competencias a la Comunidad de Castilla y León –1 de enero de 2002, conforme a la letra k) del Acuerdo de traspaso aprobado por el Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre–.



La competencia de la Administración autonómica para resolver el expediente de referencia se fundamenta en recientes sentencias del Tribunal Supremo (entre ellas, de 16 de febrero de 2004, 8 de marzo de 2004 y 29 de marzo de 2004), que vienen a sentar un criterio distinto al que mantuvo ese Alto Tribunal, entre otras, en Sentencia de 9 de julio de 2003, y, en consecuencia, el criterio también mantenido por este Consejo Consultivo en su Dictamen 55/2003, de 22 de enero de 2004, ya que estos últimos sentaban la doctrina de que los servicios de salud de las Comunidades Autónomas no asumían las deudas derivadas de supuestos de responsabilidad patrimonial reclamadas antes del 30 de junio de 2001, incluso cuando la demanda contra la entidad gestora se interpusiera en el año 2002, puesto que el órgano competente para conocer de la reclamación “es aquél que dio lugar a que se interpusiera la demanda”. Aplicada esta conclusión a expedientes de responsabilidad patrimonial sanitaria iniciados antes del 30 de junio de 2001, resultaba que era la Administración del Estado (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, Ministerio de Sanidad) la competente para resolver.

La reciente jurisprudencia citada considera, sin embargo, que “ha de entenderse que la actuación administrativa en los supuestos de falta de resolución expresa, una vez producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud –INSALUD–, ha de atribuirse a esta Administración, por lo que, a su vez, la competencia para conocer de los procesos que se susciten en dichos supuestos debe atribuirse a la correspondiente Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”.

En cualquier caso, este Consejo entiende que habiéndose efectuado la tramitación del procedimiento por la Administración autonómica y habiendo formulado ésta la propuesta de resolución, en el estado actual de la cuestión competencial, cabe la resolución por el Consejero de Sanidad de la Junta de Castilla y León (en igual sentido se ha manifestado este Órgano Consultivo en los Dictámenes 66/2003, de 22 de enero de 2004, o 54/2004, de 25 de febrero de 2004).

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los



casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la Ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999, 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.



5ª.- El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, el reclamante fue intervenido de forma sucesiva el 22 de junio y el 24 de julio de 1996, y la presunta secuela de la primera intervención (osteomielitis) se determina en diciembre de 1996, cuando inicia su tratamiento en la Unidad de Sépticos del Servicio de Ortopedia de Adultos del Hospital rrrrrrr, constando acreditado que reclamó el 7 de agosto de 1997, antes de transcurrir un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

Entrando en el fondo del asunto, este Consejo comparte en lo fundamental el criterio de la propuesta de orden del Director General de Administración e Infraestructuras, que conduce a desestimar la reclamación de la interesada.

Este Órgano Consultivo considera, en primer lugar, que la documentación obrante en el expediente no permite afirmar con el suficiente grado de seguridad que la osteomielitis que padece el reclamante sea consecuencia de la actuación de la Administración sanitaria. Por otro lado, tampoco existen pruebas de peso que evidencien una vulneración de la *lex artis*.

En este punto cabe recordar algunos aspectos de la teoría de la *lex artis* en la actuación médica. Como es sabido, esta teoría se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 o 3623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986–, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada,



según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

El simple desacuerdo del reclamante con el contenido del informe de la Inspección Médica no es suficiente para considerar probada la inadecuación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria recibida, calificada como correcta y adecuada tanto en el informe de la Inspección Médica como en el realizado por el Dr. gggggggg.

El primero de ellos sostiene que se observa una actuación correcta en la asistencia sanitaria prestada en el Servicio de Traumatología del Hospital General hhhhh al interesado. También determina que “dadas las características del proceso osteomielitis no se puede garantizar la no reactivación del mismo, pero mientras tanto, el enfermo puede realizar su vida normal”, observación avalada por el propio interesado que señala en sus escritos que “hoy por hoy, el proceso de osteomielitis no está activado” (escrito de fecha 22 de mayo de 1998), circunstancia que evidencia que estamos ante un daño que no se manifiesta de forma evidente y continuada, sino crónicamente tal y como se expone en los distintos informes.

Los datos aportados no son suficientes para concluir que la osteomielitis fue causada por la atención sanitaria (diagnóstico, intervención y tratamiento). Al respecto, el Dr. gggggggg señala que “el 50% de los casos de la puerta de entrada del germen, es un forúnculo o una infección estafilocócica superficial. Esta puerta de entrada puede encontrarse en diferentes lugares: en la piel, bajo la forma de impetigo, forúnculo o cualquier herida, o en las mucosas, como en los casos de amigdalitis, otitis y focos infecciosos de ubicación intestinal”. A continuación, afirma que las actuaciones médicas fueron en todo



momento las adecuadas. Dicho esto, cabe reiterar que, con independencia de la valoración del tratamiento efectuado, no hay prueba suficiente de que la osteomielitis que padece el reclamante sea consecuencia de la actuación de la Administración sanitaria.

El interesado insiste –y es uno de sus argumentos de más peso– en que, al ser una fractura cerrada, es evidente que el agente infeccioso tuvo que proceder del mismo hospital, sin embargo, tal y como señala el Dr. gggggggg en su informe, la demora de algunos días entre la caída y la intervención quirúrgica, originando la aparición de un hematoma fracturario, así como el padecimiento de un flemón periamigdaliano unos meses antes del accidente, pueden significar focos sépticos. A pesar de la observación realizada en cuanto al tiempo transcurrido desde la caída hasta la intervención (del 22 de junio al 26 del mismo mes, es decir, 4 días) no llega a ninguna conclusión referente a que tal dilación temporal hubiese sido la causa de la osteomielitis.

En casos semejantes de “una fractura no abierta pero internamente muy fragmentada con posterior evolución en la que se forma hematoma abundante, caldo de cultivo a infecciones de los tejidos óseos y de partes blandas (...) obtiene la convicción de que la parte recurrente no ha probado que la infección hospitalaria que ha sufrido sea debida al funcionamiento (ni normal ni anormal) del servicio público sanitario” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004).

Frente a estos juicios, el reclamante –al que corresponde la carga probatoria– no ha aportado pruebas que confirmen sus tesis y que permitan afirmar con una cierta seguridad que la osteomielitis fue consecuencia de la intervención, o que fue mal diagnosticada o tratada, con vulneración de la *lex artis*. Oportunamente se ha recordado en la propuesta de resolución que la obligación de asistencia es de medios y no de resultados, no pudiéndose afirmar que el pretendido daño sea antijurídico para que el paciente no tenga obligación de soportarlo (así, el Dictamen del Consejo de Estado nº 511/2003, de 6 de marzo). Dicha asistencia sanitaria está siendo, por otra parte, mantenida, ya que según el propio reclamante (último escrito de fecha 13 de enero de 2005), sigue pasando visitas médicas periódicas en el Hospital rrrrrrr, “pues si bien hasta la fecha no se ha reactivado la enfermedad, sigue sin ser dado de alta médica ante la posibilidad de que en cualquier momento se reactive la infección”.



III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxx debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.