



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero  
y Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de diciembre de 2006, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. ppppp y Dña. mmmmm, en nombre de su hija xxxxx*, 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 20 de noviembre de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. ppppp y Dña. mmmmm, en nombre de su hija xxxxx, representados por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de noviembre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1133/2006, 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.-** xxxxx, nacida el 3 de agosto de 1988, ingresa en el Hospital



hhhhh el 17 de marzo de 2000 a consecuencia de un atropello con mecanismo de aplastamiento y atrapamiento del pie derecho. Presenta lesiones al nivel de tibia y peroné derechos. En la exploración se aprecia dolor, tumefacción e impotencia funcional en pierna derecha, y en el estudio radiológico se observa una fractura de tibia y peroné no desplazada.

Como tratamiento se coloca yeso cruropédico y se realiza control radiológico. La paciente es dada de alta hospitalaria el 21 de marzo de 2000, recomendándose revisiones periódicas de consulta.

Esas revisiones se efectúan cada dos semanas, sin que se observe problema valorable durante este tiempo. El yeso se retira el 22 de mayo de 2000 teniendo buena movilidad de rodilla, puesto que esta articulación se había dejado libre de yeso dos semanas antes. Este día se recomienda apoyo parcial, aumentando gradualmente la carga.

A mediados de junio de 2000, existe algo de edema en el pie y ligera limitación de la flexión plantar del pie derecho. En la siguiente visita, en julio del mismo año, manifiesta algo de dolor en el pie y cojera (se aprecia un valgo de retropié). En el estudio radiográfico se aprecian fracturas consolidadas de 2º, 4º y 5º metatarsianos y osteoporosis postinmovilización. Por esta razón, se pauta tratamiento rehabilitador y se solicita resonancia magnética nuclear. El resultado de ésta pone de manifiesto una fractura de la cabeza de astrágalo que se acompaña de edema medular, contusión-rotura parcial del peroneo-astragalino anterior, fractura marginal del cuboides, fractura crónica de tercio distal de 2º, 3º y 4º metatarsianos, y osteoporosis.

El 25 de septiembre de 2000 manifiesta que ha sido vista por el Dr. ddddd, que había diagnosticado posible pie plano-espástico. En esta visita el pie presenta un buen aspecto con algo de limitación de movilidad.

A partir de este momento, la paciente no vuelve a consulta.

**Segundo.-** Con fecha 10 de mayo de 2001, D. yyyy, en nombre y representación de D. ppppp y Dña. mmmmm, y éstos a su vez de su hija xxxxx, presenta ante el Instituto Nacional de la Salud (Delegación de xxxxx) una reclamación por los daños y perjuicios ocasionados a la niña como consecuencia de un error en el diagnóstico y en el tratamiento pautado por el



Hospital xxxxx, de unas lesiones derivadas de un accidente de tráfico previo. Consideran que a la paciente se le observó únicamente una fractura de tibia y no otras que también tenía y cuyas secuelas se habrían evitado “de haber cumplido con su obligación, la de una prestación, en forma debida, y debiendo observar la diligencia general exigible a todo profesional de no dañar a otro”.

Se acompaña a la reclamación el documento acreditativo de la representación con la que actúa D. yyyyy.

**Tercero.-** Al expediente se ha incorporado, además de la historia clínica de la menor remitida por el Hospital hhhhh, los siguientes informes médicos:

- Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología I del citado hospital, fechado el 6 de junio de 2001.
- Informe de la Inspección Médica, de 14 de noviembre de 2001.
- Informe de valoración de daño corporal, de fecha 16 de enero de 2003, elaborado a solicitud de la compañía aseguradora.

**Cuarto.-** Concedido el trámite de audiencia en dos ocasiones –al no haberse incluido la totalidad de los documentos del expediente en la primera vista–, los interesados presentan, los días 8 de agosto de 2003 y 9 de febrero de 2005, escritos de alegaciones en los que reiteran la responsabilidad de la Administración y cuantifican la indemnización en 81.385,10 euros.

Aportan asimismo un informe pericial elaborado por el médico forense, el 29 de octubre de 2001, en el juicio de faltas 80/00, relativo a las lesiones sufridas en atropello el día 17 de marzo de 2000 y a su valoración, en el cual se señala que la menor presenta “como consecuencia de un atropello con mecanismo de aplastamiento y atrapamiento de pie derecho lesiones a nivel de tibia y peroné derecho consistentes en fractura espiroidea diafisaria. Se produce una fractura del cuello del astrágalo y marginal del cuboides. Con fractura distal de metatarsianos 2, 4 y 5.

“Por estas lesiones la paciente precisa tratamiento médico, tratamiento ortopédico y rehabilitador, alcanzando la estabilización de las mismas en 540 días, de los cuales precisa ingreso hospitalario durante 4 días y



resulta incapacitada para sus tareas habituales durante 306 días. Quedan al alta las siguientes secuelas de carácter permanente:

»Pie plano con valgo discreto postraumático (12 P).

»Callo deforme en el 4º y 5º metatarsianos del pie derecho, especialmente en este último, lo que configura y favorece la existencia de un 5º dedo en varo (9 P).

»Shúdeck con osteoporosis y algo distrofia a nivel de maléolo leve (5 P).

»Dada la edad de la paciente es posible la aparición con el tiempo de complicaciones de carácter artrósico a nivel de la articulación subastragalina que podría requerir tratamiento quirúrgico y que en el baremo de la Ley 30/95 se puntúa entre 4-8 puntos. (...).

»La repercusión estética con el pie descalzo, se observa a simple vista el acabalgamiento del quinto dedo sobre el cuarto, el resto del pie parece de una configuración normal. La marcha no obstante, se observa discretamente alterada a simple vista con una muy leve cojera. A mi juicio este perjuicio estético podría encuadrarse en el baremo de la Ley 30/95 en un perjuicio estético moderado”.

**Quinto.-** Con fecha 4 de febrero de 2005, se solicita del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología I un informe actualizado de la situación clínica de la paciente.

El 14 de febrero de 2005 se comunica por parte del hospital que la menor no ha sido atendida en dicho servicio desde el 25 de septiembre de 2000, y se remite el informe elaborado el 6 de junio de 2001.

**Sexto.-** Con fecha 6 de julio de 2005, el Juzgado de Instrucción nº xx de xxxxx remite a la Gerencia Regional de Salud, previa solicitud de ésta, testimonio de la sentencia absolutoria dictada en el juicio de faltas 80/00 seguido a consecuencia del atropello de la niña. Asimismo, comunica que los interesados no han percibido cantidad alguna en concepto de indemnización.



**Séptimo.-** Con fecha 21 de agosto de 2006, el Director General de Asistencia Sanitaria propone estimar parcialmente la reclamación planteada e indemnizar a los reclamantes en la cantidad de 49.387,75 euros.

**Octavo.-** Con fecha 3 de octubre de 2006, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula la propuesta de orden, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación interpuesta, indemnizando a los reclamantes en la cuantía de 42.930,7 euros.

**Noveno.-** El 20 de octubre de 2006, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden citada.

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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que los interesados presentan la reclamación (el 10 de mayo de 2001) hasta que se formula la propuesta de orden (el 3 de octubre de 2006). Esta



circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos. Asimismo hay que recordar que los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, y a los interesados en los mismos. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. 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.

Aun cuando el procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha 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 tales procedimientos ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de febrero, 8 de marzo y 29 de marzo de 2004; y así lo ha entendido este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores (Dictámenes 66/2003, de 22 de enero de 2004; 54/2004, de 25 de febrero; 853/2005, de 4 de mayo; o 941/2006, de 2 de noviembre).

**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, 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, la doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, 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 asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. yyyyy, en nombre y representación de D. ppppp y Dña. mmmmm, y éstos a su vez de su hija xxxxx,



por considerar que el error de diagnóstico y el tratamiento incorrecto de las lesiones derivadas de un accidente de tráfico previo han determinado la aparición de secuelas en la niña.

Los interesados han 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.

**6ª.-** En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte en lo fundamental el criterio de la propuesta de orden de 3 de octubre de 2006, que conduce a estimar parcialmente la reclamación de los interesados.

La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica -teoría que se ha ido afinando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la 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 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 ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, 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.

Quiere con ello decirse que incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar





automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

En el caso sometido a dictamen, los reclamantes alegan que el error en el diagnóstico de las lesiones sufridas por su hija en un accidente de tráfico así como el tratamiento inadecuado al que fue sometida han determinado la aparición de las secuelas que actualmente padece la niña.

En este sentido, es preciso recordar, como sostiene el Consejo de Estado (Dictamen 3313/2002, de 16 de enero), que “lo verdaderamente decisivo a la hora de valorar esta reclamación es que la existencia de un eventual diagnóstico erróneo no es, por sí sola, causa suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica, sino que para realizar una declaración en tal sentido debe valorarse la influencia que el «error» médico ha tenido en la evolución de la dolencia”.

Pues bien, dicha valoración se efectúa con minuciosidad en el dictamen médico realizado a instancia de la compañía aseguradora, que manifiesta lo siguiente:

“La fractura de tibia se puede tratar de forma conservadora en la mayoría de las ocasiones, siendo su evolución habitualmente satisfactoria. Le corresponde un periodo de incapacidad total de 135 días lo que abarcaría el periodo comprendido entre el 17 de marzo y el 30 de agosto (debería decir 29 de julio) de 2000 aproximadamente.

»En cuanto a la fractura de astrágalo es poco frecuente (0,5-1% de todas las fracturas del cuerpo y el 6% de las fracturas del pie). Es un hueso recubierto en su mayor parte por cartilago. Las fracturas de la cabeza son raras (de un 5 a un 10% de las fracturas del astrágalo). El tratamiento si no está desplazada se realiza con inmovilización con escayola durante 8-12 semanas. Entre las complicaciones se encuentra la necrosis avascular en el 10% de los casos, la consolidación viciosa y la pseudoartrosis. El tiempo de incapacidad total de la fractura de astrágalo se establece en 188 días. Por tanto incluso en el caso de haber realizado un diagnóstico correcto el periodo de incapacidad abarcaría hasta el 22 (debería decir 20) de septiembre de 2000.



»En el caso que nos ocupa, la inmovilización con escayola por su fractura de tibia sin permitirse la carga, se prolongó durante prácticamente 8 semanas (del 17 de marzo al 8 de mayo del 2000). La limitación en los movimientos del tobillo viene condicionada por la rigidez articular secundaria a la inmovilización (completamente necesaria en este caso) y es previsible que se recupere sin secuelas. En cuanto a la fractura de astrágalo al no comprobarse su consolidación radiológica el apoyo precoz puede haber condicionado cierto grado de retraso en la misma, así como contribuir a la aparición de un valgo, que al afectar solo al retropié y no considerarse como definitivo, creemos que merece la mínima puntuación en el arco establecido por la ley 30/95, y limitación en la inversión de la que no se describe la intensidad y que probablemente también es susceptible de mejoría. Respecto al tiempo de incapacidad que ha ocasionado dicha fractura es difícil pronunciarse puesto que no disponemos de información sobre la evolución de la situación de la paciente posteriormente al 25 de septiembre de 2000. En esa fecha la paciente presentaba ligera limitación a la movilidad del pie y caminaba con ayuda de unas muletas.

»Considerando que el periodo de incapacidad total de una fractura de astrágalo son 188 días y teniendo en cuenta que la paciente el 25 de septiembre de 2000 ya no necesita inmovilización (lo que supondría hasta un total de 12 semanas u 84 días), creemos que sería razonable establecer como periodo de incapacidad total el tiempo restante hasta completar esos 188 días (o sea 104 días), contando a partir del momento en que en teoría habría concluido su incapacidad por la fractura de astrágalo, (que como ya hemos comentado podríamos situar en el 20 de septiembre). Podríamos considerar que al menos las dos terceras partes de ese periodo corresponderían a periodo impenitivo (70 días), mientras que el tercio restante supondría periodo no impenitivo (34 días). Por tanto consideramos que los días impenitivos se situarían entre el 20 de septiembre y el 29 de noviembre de 2000, mientras que los días no impenitivos abarcarían desde el 30 de noviembre de 2000 al 3 (debería decir 2) de enero de 2001. No se puede considerar el periodo comprendido entre el 17 de marzo y el 20 de septiembre pues corresponde al periodo de incapacidad de su fractura de astrágalo incluso en el caso de haber sido correctamente diagnosticada.

»La demanda no aporta ningún documento que acredite el tratamiento recibido por la paciente con posterioridad.



»En cuanto a las fracturas de los metatarsianos no influyen en el tiempo de incapacidad de la paciente y aunque el apoyo precoz puede haber contribuido a cierto grado de desplazamiento, no parece que puedan condicionar demasiados problemas en un futuro. Incluso la fractura del quinto metatarsiano al no afectar a la cabeza del mismo no afecta a uno de los puntos de apoyo del pie. No obstante se puede considerar como secuela la posible existencia de dolor a ese nivel”.

En virtud de lo expuesto, este Consejo Consultivo estima que existe responsabilidad de la Administración, al haberse producido un funcionamiento anormal del servicio público sanitario, vulnerándose la *lex artis ad hoc*, puesto que el error en el diagnóstico de las lesiones y en su posterior tratamiento ha supuesto un retraso en la recuperación de la paciente.

No obstante, dicha responsabilidad no alcanza al periodo normal de recuperación de todas las lesiones derivadas del accidente de tráfico (hasta el 20 de septiembre de 2000, según el dictamen médico), por cuanto que es una consecuencia derivada del percance sufrido y no del funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, la Administración solo responderá por los días de incapacidad que, debido al error de diagnóstico, excedan del periodo normal de recuperación –de acuerdo con el citado informe, desde el 21 de septiembre de 2000 hasta el 2 de enero de 2001–, así como de las secuelas derivadas de aquél, por lo que la estimación de la reclamación ha de ser parcial.

**7ª.-** Respecto al importe de la indemnización, este Consejo considera acertados los criterios aplicados para la determinación de la misma. Sin embargo, se advierte un error aritmético en la cuantía consignada en la propuesta de orden (42.930,7 euros). Según se indica en el fundamento de derecho IV, punto 2, de la citada propuesta, la valoración de las secuelas es de 26 puntos –y no 21–, por lo que la indemnización por las mismas ha de ser de 33.576,66 euros, y la indemnización total a percibir por los reclamantes asciende a 49.387,75 euros.

Ello sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 49.387,75 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. ppppp y Dña. mmmmm, en nombre de su hija xxxxx, representados por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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