



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 14 de enero de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, 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 21 de diciembre de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 508/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

**Primero.-** El 24 de noviembre de 2014 Dña. xxxx, de 58 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhh de xxxx1

donde, tras ser asistida por las lesiones producidas por una caída accidental en la vía pública, no le fue diagnosticada la fractura en el quinto metacarpiano izquierdo, que fue apreciada 10 días más tarde en el trascurso de otra asistencia en el Servicio de Urgencias, tras haber sido previamente diagnosticada por su Mutua. Como consecuencia del error y retraso diagnóstico alegado, refiere que se encuentra en periodo de incapacidad temporal, sin posibilidad de incorporarse a su profesión habitual.

Solicita provisionalmente una indemnización de 20.500,48 euros, correspondiente a 352 días baja laboral desde el 2 de diciembre de 2013 hasta el 19 de noviembre de 2014, hasta la concreción definitiva del período de incapacidad temporal y secuelas.

Acompaña a la reclamación copias de informes médicos de Urgencias y del Servicio de Traumatología del citado Hospital y de partes de baja y confirmación de la incapacidad temporal.

**Segundo.-** Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes de los servicios del Hospital hhhh de Traumatología de 27 de octubre de 2014, y de Radiología y Urgencias de 21 y 26 de enero de 2015 respectivamente, informe de la Inspección Médica de 24 de febrero, informe sobre revisiones del proceso de incapacidad temporal por la Inspección Médica de 18 de mayo e informe de valoración del daño corporal emitido a instancia de la aseguradora de la Administración el 25 de junio, todos ellos de 2015.

**Tercero.-** El 21 de agosto de 2015 se concede trámite de audiencia a la reclamante, quien el 17 de septiembre presenta alegaciones en las que reitera la pretensión, si bien concreta la indemnización en un total de 23.013, 54 euros, por 394 días improductivos de incapacidad temporal y 1 punto de secuelas.

**Cuarto.-** El 5 de noviembre se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada.

**Quinto.-** El 1 de diciembre de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la 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 se presenta la reclamación (24 de noviembre de 2014) hasta que se formula la propuesta de resolución (5 de noviembre de 2015). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir 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.

**3ª.-** Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 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.

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.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio

determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que pueda producirse.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño, viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica 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 -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, 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, la asistencia médica dispensada no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, al existir un error de diagnóstico de la fractura padecida por la reclamante, del que derivó un

tratamiento no ajustado a los protocolos médicos, que constituye el elemento causante del daño sufrido por la interesada, que no debe ser soportado por ella sino que genera la responsabilidad administrativa por el deficiente funcionamiento del servicio público sanitario.

Así lo aprecia la propuesta de resolución, sobre la base del informe de la Inspección Médica de 24 de febrero de 2015, cuyas conclusiones no dejan margen a la duda acerca de la causa del daño alegado. Tras describir el proceso asistencial, este informe indica que "Por lo anteriormente expuesto se puede concluir:

»-El Servicio de Urgencias en fecha 2/12/2013, no apreció ninguna línea de fractura de la base del 5º metacarpiano de la mano izquierda, en la Rx realizada a Dña. xxxx.

»-Posteriormente solicitado informe al Servicio de Radiología de las radiografías de mano (PA y Oblicua) realizadas a Dña. xxxx, en fecha 2/12/2013, informa de lo siguiente:

»-Fractura de la base del 5º metacarpiano de la mano izquierda, con trayecto intrarticular y mínima separación del fragmento.

»-Se concluye que existió un error diagnóstico en el Servicio de Urgencias en las radiografías de mano izquierda realizadas a Dña. xxxxl en fecha 2/12/2013.

»-El Servicio de Urgencias informa que el tratamiento realizado (inmovilización) constituye la indicación correcta tanto si se trata de una artritis traumática como de una fractura sin desplazamiento.

»-Aunque el Servicio de Urgencias pauta en este caso inmovilización, si se hubiera diagnosticado correctamente la fractura de la base del 5º metacarpiano, se hubiera valorado el tratamiento correcto y si se hubiera decidido tratamiento ortopédico, se habría pautado inmovilización por un tiempo superior a diez días (aproximadamente cuatro semanas ).

»-La paciente que refiere que estuvo inmovilizada 10 días, persistiendo dolor a nivel de la mano, acude de nuevo a Urgencias el día

14/01/14, en Rx de dicho día se aprecia fractura de la base del 5º metacarpiano izquierdo, no inmovilizándose a la paciente, según informa el Servicio de Traumatología, ya que había transcurrido más de un mes desde el antecedente traumático.

»-Dña. xxxx estuvo en situación de Incapacidad Temporal, con diagnóstico: traumatismo de dedo de mano, desde fecha 2/12/2013 a 1/12/2014 (agotamiento de 12 meses de situación de IT).

»-Por lo anteriormente expuesto y basándose en el error diagnóstico en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhh al no diagnosticar en fecha 02/12/13 la fractura de base del 5º metacarpiano de mano izquierda a Dña. xxxx y como consecuencia no realizar la inmovilización correspondiente a dicha fractura, lo cual pudo influir en la evolución de dicho proceso, se estima a criterio de esta Inspección Médica la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por Dña. xxxx”.

En consecuencia, las consideraciones anteriores permiten establecer el nexo causal preciso entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado y declarar por ello la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**6ª.-** Para el cálculo de la indemnización a abonar, ambas partes se basan en el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, vigente en el momento de producirse la lesión conforme al artículo 141.3 de la Ley 30/1992 y actualizado por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014.

Este sistema, además de permitir la utilización de criterios homogéneos, relativiza los problemas que conlleva la valoración de determinados conceptos, como puede ser el de daño moral, la cual se engloba en la cuantificación establecida, tanto en los importes correspondientes a las indemnizaciones por lesiones permanentes como en los fijados para la incapacidad temporal.

La interesada en el trámite de alegaciones concreta la indemnización en un total de 23.013,54 euros, correspondientes a 394 días improductivos de incapacidad temporal y 1 punto de secuelas. Si bien se muestra conforme con

el informe de valoración del daño corporal de 25 de junio de 2015 en orden a detraer del cómputo del período de incapacidad temporal 90 días de tiempo medio de estabilización, discrepa de él en la consideración relativa a que la situación de incapacidad temporal cesó al finalizar el tratamiento rehabilitador, el 27 de junio de 2014, ya que a su parecer se extendió hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en la que obtuvo el alta de la incapacidad temporal, según el resumen cronológico de consultas incorporado al expediente.

A la vista de esta discrepancia, conviene recordar que es doctrina reiterada del Consejo Consultivo de Castilla y León, manifestada entre otros en los dictámenes 930/2012, de 24 de enero de 2013, 13/2014, de 9 de junio, 162/2014, de 30 de abril, o 420/2014, de 11 de septiembre, que no todo día de baja laboral es impeditivo, ni tiene por qué llevar a una baja laboral el día impeditivo, depende pues de las circunstancias de cada caso, y la influencia de las lesiones en otras actividades de la vida habitual del perjudicado. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 6/2009, de 13 de enero, "ello implica que no es posible equiparar de forma absoluta días de baja laboral con días impeditivos, de tal forma que éstos podrán abarcar periodos en los que no existe tal baja laboral, y por otro lado no toda la extensión de la misma implica automáticamente la consideración como impeditivos. Son conceptos, como bien señala la apelante, que si bien guardan una cierta relación entre ellos, sin embargo son totalmente independientes en atención al diferente campo en el que son aplicables".

La clave de la distinción entre día impeditivo y no impeditivo la establece el Baremo en que los padecimientos afecten o no a la actividad habitual del perjudicado. Por ello, para determinar si un día es o no impeditivo, debe analizarse si los padecimientos afectan a las actividades ordinarias del perjudicado, es decir las que hacía justo antes del siniestro. Si estos padecimientos impiden o dificultan de forma extraordinaria realizar estas actividades habituales, estaríamos ante un día impeditivo, y las simples molestias al realizar dichas actividades habituales u ordinarias darían lugar a un día no impeditivo.

Las Sentencias de la Audiencia Provincial de la Coruña 448/2006, de 7 diciembre y 349/2012, de 6 de julio, establecen ejemplos concretos de cuando unas lesiones son o no impeditivas, y afirman que, "el matiz diferenciador debe buscarse en un `plus´ en el padecimiento. No es simplemente estar de baja,



sino además tener unas limitaciones físicas significativamente impeditivas, unos padecimientos, unos dolores, el requerir el auxilio de terceras personas de forma casi constante. Siguiendo el ejemplo expuesto, son situaciones impeditivas la víctima que tiene ambas piernas enyesadas, que tiene que ir en una silla de ruedas, que debe ser auxiliado para casi todo. Pero no lo es quien rompe el radio y se lo enyesan, pues puede hacer casi todas las tareas de la vida diaria sin auxilio alguno. En un esguince cervical son días impeditivos los primeros, en los que la paciente sufre intensos dolores y molestias, precisa medicación analgésica, tiene problemas hasta para los pequeños movimientos cervicales, e incluso puede serle dificultoso conciliar el sueño por el dolor; pues le merma de forma significativa el desarrollo de su vida ordinaria. Pero no son impeditivos por el mero hecho de tener que portar un collarín, sin mayores repercusiones, porque puede realizar casi todas las actividades de la vida diaria. Y desde luego, no son impeditivos los días invertidos para recibir mera rehabilitación ordinaria (cuestión distinta son supuestos excepcionales de terapias rehabilitadoras que incluso se asemejan bastante a estancias hospitalarias). Siguiendo el ejemplo expuesto, una vez que a una persona que tuvo una fractura de fémur inicia la rehabilitación, puede realizar la mayor parte de sus actividades diarias de forma autónoma, invierte sólo unas pocas horas al día en las sesiones, y no tiene mayores limitaciones. E igual cuando se acude a fisioterapia para relajar los músculos cervicales. Son unos días más o menos molestos y aún no alcanzó la sanidad (por eso se indemnizan), pero no son impeditivos (que es lo que justifica una indemnización muy superior)".

De acuerdo con lo anterior, en expediente contradictorio instruido al efecto, deberá requerirse de la interesada la aportación de mayores pruebas que acrediten que, sin perjuicio de la baja laboral, padecía limitaciones físicas significativas que dificultaban de un modo extraordinario la realización de las actividades habituales u ordinarias. A falta de dicha actividad probatoria, o si ésta no alcanza a todo el período hasta el momento de estabilización lesional, (el cual también habrá de someterse a contradicción para su exacta determinación), la indemnización a abonar deberá calcularse, total o parcialmente según proceda, en función de las cuantías establecidas para la incapacidad temporal por día no impeditivo.

En lo demás, este Consejo coincide con el parecer de ambas partes acerca de la necesidad de reconocer una indemnización equivalente a 1 punto de secuelas, por dolor en la mano, en función de las cuantías y de la edad de

la reclamante que se recogen en la tabla III del mismo baremo, y en que procede el incremento de la suma de la indemnización por incapacidad temporal y lesiones permanentes con el 10% de factor de corrección por perjuicios económicos, al concurrir el presupuesto de tratarse de víctima en edad laboral, resultante de las tablas IV y V del baremo, aunque no haya justificado ingresos.

En todo caso deberá tenerse en cuenta que, si bien en el cálculo del importe de la indemnización la Administración ha tomado en consideración la última actualización del baremo efectuada por Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, dado que la resolución definitiva se ha demorado más allá del citado ejercicio, debe procederse a la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos señalados en el cuerpo de este dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

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