



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **384/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 6 de julio de 2015, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **271/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de enero de 2013 x, en nombre y representación de su hija menor de edad, x, presentó en modelo normalizado (hoja de sugerencias, reclamaciones o agradecimientos), una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la, a su juicio, deficiente asistencia recibida por su hija del Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca (HRM), con motivo de una fractura de codo que sufrió el día 25 de enero de 2012.

Recibida la reclamación en el Servicio Murciano de Salud (SMS), se procedió a requerir a la reclamante para que subsanara las deficiencias observadas en su escrito de reclamación. Como respuesta a lo solicitado se presenta por el letrado, x, que alega actuar en nombre y representación de las partes reclamantes, un escrito en el que se precisaban diversos extremos relacionados con los hechos origen de la reclamación. Así, según dicho letrado, los acontecimientos transcurrieron del siguiente modo:

- La menor x, de 13 años de edad, sufrió una caída accidental el 25 de enero de 2012, cuando practicaba deporte escolar, lo que le causó traumatismo en el codo derecho, del que fue atendida en el Servicio de Urgencias del HRM, a las 19:07 horas de ese mismo día. En dicha asistencia, se indicó como motivo de consulta *"traumatismo en codo derecho con dolor e impotencia funcional parcial"*, se le practicó vendaje y se procedió a darle el alta con el diagnóstico de traumatismo en codo derecho, haciendo constar la siguiente observación: *"circulación y movilidad conservada. Fuerza y sensibilidad normal. Prono supinación normal. Dolor a la palpación. No se aprecia fractura ni luxación"*.

- Como el dolor no cesaba, era incapaz de flexionar el brazo, la extensión era incompleta con rigidez y, además, le apareció un bulto en la cara lateral del codo, acudió a su Centro de Salud desde donde se interesó valoración que se realizó, el día 25 de junio de 2012, por la Dra. x.

- El día 26 de septiembre de 2012, remitida por su médico de familia, se efectúa exploración de la paciente en el citado HRM, con la siguiente conclusión: *"se aprecia importante limitación de la flexión-extensión. Prosupinación en la resonancia del día parece verse fractura del capitulum"*.

- Con fecha 2 de octubre de 2012 se realizan radiografías en la que se aprecian signos de haber sufrido fractura de epicóndilo y cabecera del radio que se encuentra luxado.

- El día 22 de octubre de 2012 se le efectúa un TAC en cuyo resultado se indica que *"en las imágenes presentes se resorción (sic) del cóndilo humeral con área de rarefacción periférica y aumento de la densidad en relación a proceso degenerativo, se podría interpretar como necrosis avascular. Se demuestra subluxación de la cabeza del radio. Se visualiza signos de osteodritis a nivel cortical del olecranon en región externa del mismo. Estructura de partes blandas con signos de edema. Se sugiere correlacionar con datos clínicos de Rx y RMN si la clínica lo requiere"*.

Finalmente, se concluye que en la asistencia que fue dispensada por el HRM el día 25 de enero de 2012, con motivo del traumatismo en codo derecho sufrido por la paciente, como consecuencia de una caída accidental, no se le diagnosticó ni fractura ni luxación, y se le dio de alta, a pesar de que sufría una luxación en la cabeza del radio, que ha conllevado un proceso degenerativo de necrosis avascular, por lo que en la actualidad no puede flexionar el brazo, presenta dolor y extensión incompleta, así como un bulto en la cara lateral del codo derecho.

Termina solicitando una indemnización de 150.000 euros por las secuelas, sufrimientos físicos y morales y perjuicio estético que la menor presenta como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que se le prestó.

A su escrito acompaña la documentación acreditativa de la representación con la que actúa la madre de la menor (copia del libro de familia), así como también de la que ostenta el letrado actuante (escritura de poder general para pleitos, otorgada a su favor por los padres de x).

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) se admitió a trámite la reclamación presentada, que fue debidamente notificada a la interesada.

Asimismo, se solicitó del HRM copia de la historia clínica de la paciente e informes de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- Atendiendo al requerimiento efectuado el HRM remite la siguiente documentación:

1) Historia clínica de la menor, en la que, entre otros documentos, aparece el informe de alta del Servicio de Urgencias, en el que se hace constar como diagnóstico el de traumatismo de codo derecho; y en el apartado de "radiodiagnóstico", se indica: *"Codo: no se aprecia fractura ni luxación"*.

2) Informe de los siguientes facultativos:

a) De la Dra. x, del Servicio de Urgencias, del siguiente tenor:

"El día 25.01.2012 sobre las 20 horas atendí a la menor, x, quien acudía por haber sufrido traumatismo a nivel de codo derecho. En el momento de la exploración la paciente presentaba dolor a la palpación a dicho nivel, pero conservando fuerza, sensibilidad y movilidad. En las pruebas de imagen realizadas (radiografía de codo de dos proyecciones: antero-posterior y lateral) no se observaban lesiones óseas agudas ni subluxaciones/luxaciones. Se le indica reposo de la articulación con inmovilización con vendaje compresivo y tratamiento con Ibuprofeno de 400 mg 1 c cada ocho horas durante 3 días y próxima revisión con su médico".

b) De. Dr. x, del Servicio de Traumatología, en el que señala lo siguiente:

"Paciente que el 26-9-2012 es vista en consultas externas de este servicio por presentar dolor de codo derecho que según informe de su médico de cabecera fue a consecuencia de un traumatismo en enero último, es decir, hace nueve meses. A la exploración se le aprecia una importante flexo-extensión del codo manteniendo una buena pronosupinación, por lo que se solicitan radiografías, vistas el 2-10-2012 y donde se aprecian en un principio signos de luxación de la cabeza del radio, por lo que se cita a sesión clínica que se realiza el 11-10-2012 y donde tras estudio en la radiografías y exploración de la paciente se llega a la conclusión que ésta padece una enfermedad de Panner, solicitándose un TAC que informa de imágenes de necrosis avascular del cóndilo humeral con subluxación de la cabeza del radio y signos de osteocondritis a nivel cortical del olecranon en su región externa, lo que corrobora nuestro diagnóstico de sesión clínica siendo una enfermedad degenerativa que nada tiene que ver con el traumatismo del codo, aunque es posible que el dolor si fuese causa de dicho traumatismo.

En nueva sesión clínica se decide remitirla a centro especializado en dichos procesos, pero hasta ahora no tenemos nuevas noticias de dicha paciente".

CUARTO.- Con fecha 4 de junio de 2013 el órgano instructor solicita informe al Servicio de Inspección Médica sobre la reclamación objeto del presente procedimiento, sin que conste que el mismo se evacuara por dicha unidad administrativa.

QUINTO.- Desprendiéndose de la documentación clínica obrante en el expediente la posibilidad de que la menor hubiese sido intervenida quirúrgicamente en el Hospital General Universitario Virgen de la Arrixaca, el órgano instructor requirió información al respecto, recibiendo comunicación interior del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de dicho Hospital, señalando que no hay constancia de que la paciente haya sido vista en la consulta correspondiente a dicho servicio.

SEXTO.- Requerido por la instructora se incorpora al expediente informe médico de la aseguradora del SMS, emitido por un facultativo especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, en el que, tras efectuar las consideraciones médicas que estimó convenientes, concluye del siguiente modo:

"1. La niña x, de 12 años de edad sufrió un traumatismo sobre el codo derecho tras una caída, siendo asistida de urgencia en el Hospital Rafael Méndez, donde el estudio radiológico se consideró normal, sin solicitar más pruebas complementarias, ni siquiera una radiografía comparativa del codo sano.

2. Realmente había sufrido una fractura del cóndilo humeral desplazada en flexo, que pasó inadvertida, por lo que no pudo ser tratada adecuadamente. No padeció directamente una subluxación de la cabeza radial, sino que ésta fue una consecuencia en el tiempo de la fractura.

3. Pasados los meses, y efectuadas pruebas de imagen complementarias (TC, RM) se interpretó el cuadro como una necrosis avascular idiopática (E. De Panner) sin serlo, ya que era una necrosis secundaria a la desvitalización del hueso al estar tantos meses desplazado.

CONCLUSIÓN FINAL

Se cometió un error de praxis en la asistencia de urgencias del Hospital mencionado, al no detectar una fractura grave del codo, que implicó que no pudiera ser tratada adecuadamente y que seguramente ha ocasionado secuelas en dicha articulación".

SÉPTIMO.- Consta en el expediente que los reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procedimiento ordinario 100/2014, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial.

OCTAVO.- Por la aseguradora del SMS se remite informe médico-pericial, emitido por un facultativo licenciado en medicina y master oficial en pericia sanitaria, mediante el que se efectúa *"la determinación y baremación del daño corporal en base a R.D.L. 8/04 derivada de la asistencia prestada a la menor x en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez el día 25/01/2012"* , en el que, tras efectuar las consideraciones que estima oportunas, concluye del siguiente modo:

"PRIMERA. Que la menor x acudió al Hospital Rafael Méndez el día 25/01/2012 tras traumatismo en codo derecho, siendo diagnosticada de traumatismo a dicho nivel.

SEGUNDA. Que el 22/10/2012 se realiza TAC en el que se diagnostica una subluxación de cabeza de radio y probable necrosis avascular del cóndilo humeral.

TERCERA. Que a consecuencia de ello persisten las siguientes secuelas:

- Limitación a la extensión de codo derecho: 1 punto.

- Limitación a la flexión de codo derecho: 15 puntos.

- Perjuicio estético ligero: 1 punto".

NOVENO.- Con fecha 17 de marzo de 2015 la instructora solicita a la División Médica Sanitaria de la aseguradora, una valoración del daño causado, lo que se lleva a cabo fijando como tal la cantidad de 19.854,24 euros, según detalle que aparece al folio 89.

DÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes (reclamante y aseguradora), comparece la primera formulando la siguiente alegación: *"que del examen de la documentación obrante en el expediente y los dictámenes oficiales emitidos, queda clara la relación de causalidad y fundamento de la petición de reclamación que se hace, entendiéndose por lo demás e importancia del daño, que la indemnización debe versar en la cuantía que esta parte solicita"*.

UNDÉCIMO.- Seguidamente se formula propuesta de resolución de estimación parcial, al considerar que ha quedado acreditado el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario prestado a la hija de la reclamante, por lo que deberá hacerse efectiva una indemnización de 19.854,24 euros, más las actualizaciones que correspondan.

En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente se solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente e índice de documentos del mismo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, representación, plazo y procedimiento.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que cuando de menores de edad se trata aquélla la ostentan los padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, por lo tanto, al encabezar la reclamación la madre de la niña accidentada se podría afirmar que tal legitimación concurre y, además, se acredita con la copia del libro de familia en el que se constata la relación materno filial entre ambas.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que se ha ejercitado la acción dentro del año previsto 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 (LPAC).

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP. No obstante, cabe formular las siguientes observaciones:

a) En relación con la decisión de continuar el procedimiento sin que se haya evacuado el informe la Inspección Médica en el plazo de los tres meses, conforme al Protocolo de Agilización de los procedimientos de responsabilidad patrimonial aprobado por el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud en fecha 27 de mayo de 2011, este Órgano Consultivo muestra su conformidad con tal decisión en el presente caso, puesto que concurre el supuesto considerado en nuestro Dictamen núm. 193/2012: *"sólo cabrá continuar los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.5,c) LPAC sin que se haya evacuado el informe preceptivo y determinante, cuando en el expediente existan suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que resuelva el procedimiento, pues de lo contrario la Administración no podría resolver expresamente sobre el fondo hasta tanto no fueran emitidos aquellos informes y cumplidos los demás trámites preceptivos"*. Efectivamente, la decisión contenida en la propuesta de resolución elevada se sostiene en suficientes elementos de juicio, dado que se basa en los dos informes emitidos por los peritos de la aseguradora, en tanto que la parte reclamante no aporta ninguno que respalde la valoración que efectúa, a tanto alzado, de los daños físicos y morales sufridos por la menor.

b) En cuanto a la interposición por la interesada de un recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta, ya indicamos en nuestro Dictamen 3/2008 que tal circunstancia no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado sentencia por parte del correspondiente órgano jurisdiccional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la reclamante podría solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, antes de adoptar la resolución habrá de comprobarse si ha recaído sentencia para abstenerse, en caso afirmativo, de dictar la resolución.

TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: *"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"*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos.

Para la reclamante, el diagnóstico que se hizo a su hija de traumatismo en codo derecho con dolor e impotencia funcional, fue erróneo, al no advertir la facultativa del servicio de urgencias del HRM que la menor presentaba una fractura y luxación de codo.

El error que se imputa a la Administración sanitaria no se configura como una omisión de eventuales pruebas diagnósticas que estuvieran indicadas o en la no realización de diagnósticos diferenciales con diversas patologías, sino en el juicio clínico realizado por parte de la doctora que atendió a la menor en el Servicio de Urgencias, que no fue capaz de apreciar en las pruebas radiológicas que se efectuaron que la menor presentaba una grave fractura.

Es evidente que la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

La reclamante no ha traído al procedimiento informe pericial que valore de forma crítica la asistencia médica prestada a la niña, pues las únicas manifestaciones que al respecto se contienen en el expediente son meras afirmaciones de parte, huérfanas totalmente de apoyo técnico.

No obstante, a pesar de esa falta de actuación probatoria, las tesis de la interesada han encontrado sustento en el informe del perito de la aseguradora, Dr. x, que es tajante al afirmar que *"en el caso de esta niña, y habiendo tenido la oportunidad de ver las radiografías del día de la urgencia, se puede afirmar con total rotundidad que se aprecia una fractura del cóndilo humeral (capitellum) desplazada claramente en flexo"*, concluyendo que *"se cometió un claro error de praxis en la asistencia en urgencias del Hospital mencionado, al no detectar una fractura grave del codo, que implicó que no pudiera ser tratada adecuadamente y que seguramente ha ocasionado secuelas en dicha articulación"*.

Como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que se le prestó, la menor sufre una serie de secuelas que se describen en el informe del Dr. x, emitido a instancia de la aseguradora del SMS. Se indica por este facultativo que, tras examinar a la menor, se puede afirmar que las secuelas que presenta son: limitación a la extensión de codo derecho; limitación a la flexión de codo derecho; y perjuicio estético ligero, daños todos ellos que la perjudicada no tiene la obligación de soportar y que, por lo tanto, han de reputarse antijurídicos.

QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.

Por tanto, reconocida la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, se plantea la determinación de la cuantía indemnizatoria.

La reclamante solicita, como decíamos antes, una cantidad a tanto alzado de 150.000 euros, que se correspondería con los daños físicos, morales y estéticos sufridos por la menor, aunque ni los describe ni los

respalda con informe médico pericial alguno.

Por su parte la aseguradora, a través de un facultativo, Máster Oficial en Pericia Sanitaria y Perito Médico de los Seguros, que tras examinar tanto la historia clínica de la paciente y los informes médicos obrantes en el expediente, como a la propia menor, concluye del siguiente modo:

a) En relación con el tiempo de estabilización.

"No se considera tiempo de estabilización secundario a la atención médica recibida, se estima que el tiempo de estabilización fue el esperable en la fractura, pero en lugar de evolucionar a la curación con correcto callo de fractura, evolucionó a una consolidación incorrecta que produce limitación de movimiento".

b) Secuelas y baremación de las mismas.

Indica como secuelas las que se han señalado en la anterior Consideración del presente Dictamen, y señala que para su baremación se ha utilizado, orientativamente, lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, con el siguiente resultado:

- Limitación a la extensión, con 10% de déficit: 1 punto.
- Limitación a la flexión, con imposibilidad de la misma: 15 puntos.
- Perjuicio estético por la pequeña deformidad del codo: 1 punto.

La propuesta de resolución acoge el criterio de la aseguradora y propone indemnizar a la menor con la cantidad resultante de 19.854,24 euros (folio 109 en relación con el 89).

Pues bien, el Consejo Jurídico, basándose en los informes periciales de la correduría de seguros, único criterio del que dispone y que no ha sido rebatido por la reclamante en la contestación al trámite de audiencia, y aplicando analógicamente los baremos establecidos para las lesiones corporales derivadas de accidente de circulación, que vienen siendo considerados como guía orientativa tanto para los órganos judiciales (Sentencias del TS de 28 de junio de y 27 de diciembre de 1999), como para la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictámenes 939/2004, 946/2005 y 818/2010), así como para este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes 9/2005, 99/2008 y 105/2008), porque con ello se introducen criterios de objetividad en la fijación del *quantum* indemnizatorio, procede a realizar la siguiente valoración:

a) Período de tiempo que precisó para la estabilización de sus secuelas.

La reclamante no solicita cantidad alguna por este concepto, ni siquiera lo utiliza entre los que genéricamente señala como merecedores de indemnización. El perito de la aseguradora, tal como se ha indicado anteriormente, estima que la menor no precisó días adicionales a los que la inicial fractura hubiese requerido para su sanación, por lo que no cabe fijar indemnización alguna por días de baja como consecuencia del error diagnóstico que se cometió.

Sin perjuicio de lo anterior cabe recordar lo que decíamos en nuestro Dictamen 276/2014, sobre la procedencia de aplicar a supuestos como el que nos ocupa la consolidada doctrina jurisprudencial y de los órganos consultivos, según la cual la indemnización de los días de incapacidad o tratamiento de los menores no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, puesto que los mismos no se encuentran en edad laboral, sino que hay que realizarlo en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que no pudieran asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando lo hicieran, su ejecución les pudiera resultar molesta. En el caso de accidentes escolares se mantiene el criterio de valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos; por su interés, reproducimos parte del Fundamento Jurídico Quinto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002, referida a un accidente escolar, que señala, en cuanto a la indemnización por incapacidad, que *"dado que la lesionada tenía ocho años de edad al momento del accidente, su única actividad es la de acudir al centro escolar y su valoración debe corresponderse con esos días de ausencia al centro y la afectación en su caso al rendimiento escolar"*. En el mismo sentido, las Sentencias de dicha Audiencia de 11 de diciembre de 2003, 16 de julio y 26 de septiembre de 2002, 1 de marzo de 2001, 9 de junio de 1999 o 4 de marzo de 1998. Asimismo, la Sentencia de 15 de marzo de 1999, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera proporcionada la indemnización por los días que la niña estuvo impedida para acudir al colegio. En el mismo sentido, la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 198/2013, de 6 de marzo, señala que *"en lo que se refiere a la pauta valorativa seguida por la Administración para cuantificar los 33 días de curación hasta el alta médica a contar desde el accidente, así como para compensar el daño moral por el padecimiento de lesiones físicas, la misma no responde al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico. Y este proceder es congruente dadas las circunstancias del caso con la doctrina jurisprudencial antes citada que sienta el carácter orientativo del baremo, puesto que nos encontramos con un supuesto en que la noción de día impositivo tiene difícil ajuste a un menor de edad, cuando siendo su ocupación habitual el estudio y la escolaridad, ha quedado probado que solo faltó 6 días al centro y que no acusó mengua en el rendimiento académico, (...) En este sentido el criterio lógico de asimilar días impositivos de los menores escolarizados a los días en que no pueden acudir al centro escolar, viene avalado por su respaldo jurisprudencial, caso de la STSJ de La Rioja de 31 de diciembre de 2001 (rec.391/2000) o del TSJ de Andalucía de 26 de noviembre de 2009 (rec.641/2004) especialmente en casos como el de autos en que tampoco ha quedado probado (ni siquiera expuesto en la demanda) que el menor aunque pudiera acudir al centro escolar y desplazarse, hubiere tenido que afrontar específicas molestias y dificultades para la vida cotidiana extraescolar"*.

A mayor abundamiento, la doctrina del Consejo de Estado señala que la condición de escolar del lesionado excluye la eventual pérdida de renta, sea salarial o de cualquier otra especie (por todos, Dictámenes núms. 3410 y 1278 del año 2001; 3364, 1545 y 602 del año 2000 y 2962 del año 1999), llegando, incluso, a excluir las rentas reclamadas por los días de baja del alumno, sean impositivos o no. En el mismo sentido, la STS, 3ª, de 10 de marzo de 1994, que desestima la pretensión indemnizatoria relativa a *"los días en que estuvo incapacitado y de los que permaneció de baja sin incapacidad; pues, nada se ha acreditado en las actuaciones que el lesionado llevara a cabo alguna actividad remunerada, a parte de la meramente estudiantil, que permitiera la indemnización por estos concretos conceptos"*.

Por otra parte, este Órgano Consultivo en su Dictamen 134/04, advertía que *"en cuanto a los llamados días no impositivos, durante los cuales la niña sí asistió al centro escolar, hemos de considerar la falta de justificación concreta de la aplicación de este concepto a la menor y su extensión en el tiempo, pues la reclamante no aporta ningún dato que permita conocer cuáles fueron las limitaciones que tuvo la niña durante dicha etapa (cuatro meses aproximadamente) en su vida escolar o diaria (...) la interesada no acredita las limitaciones en este periodo"*.

en general a la vida de la niña y, en particular, a su actividad escolar, es decir, si durante dicha etapa que la reclamante considera no impeditiva el accidente afectó al rendimiento escolar, en qué medida el comportamiento social de la niña se pudo ver alterado, o si sufrió limitaciones para realizar determinadas actividades, etc., que es el criterio utilizado por las sentencias anteriormente citadas para determinar la cuantía indemnizatoria por los días de incapacidad en los accidentes escolares". En similares términos, nuestro Dictamen 222/2010.

En cuanto a la aplicación de estos criterios valorativos de los días de incapacidad de los menores en edad escolar a supuestos como el presente, ajenos al ámbito educativo, es admitida por la jurisprudencia. Así, la STSJ Cataluña 1046/2005, de 19 de septiembre, y la del TSJ Valencia 1051/2012, de 26 de noviembre, también sobre un caso de error de diagnóstico.

De lo anterior resulta, que aunque se considerase que el error de diagnóstico hubiese incrementado los días de sanidad de la paciente, sólo en el supuesto de que se hubiese acreditado que no pudo asistir a clase o, que pudiendo, se viera limitada o encontrase especial dificultad para la realización de todas o algunas tareas, sería procedente indemnizar por este concepto.

b) Secuelas.

Aplicando el Baremo de indemnizaciones en accidentes de circulación correspondiente al año 2012 (fecha en la que se produjo el daño), aprobado por la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, resultarían las siguientes cantidades:

Por perjuicio funcional:

- Limitación a la extensión, con 10% de déficit: 1 punto.
- Limitación a la flexión, con imposibilidad de la misma: 15 puntos.

Serían 16 puntos que, a 1.169,73 euros por punto, daría un total de 18.715,68 euros.

Por perjuicio estético:

- Pequeña deformidad del codo: 1 punto, que se valoraría en 825,90 euros.

La suma de ambos conceptos, arroja un resultado de 19.541,58 euros.

c) Daños morales.

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia 200/2012, de 16 de marzo, no procede indemnización por daños morales, ya que las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes incluyen los mismos, tal como se indica expresamente en la Tabla III del baremo aplicado como referencia valorativa.

Corolario de lo expuesto es que únicamente procede indemnizar a la menor en concepto de daños por lesiones permanentes (secuelas) en la cantidad de 19.541,58 euros, que habrá de ser convenientemente actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos legalmente establecidos.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria será determinada en la forma que se recoge en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.