



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 2 de diciembre de 2003, D. M. M. M. y D.<sup>a</sup> A. C. M. presentaron reclamación de indemnización por daños patrimoniales sufridos como consecuencia del accidente escolar de su hijo G. M. C. en el Colegio Público "*San Cristóbal*", de Lorca, daños que valoraron en 2.786 euros, reservándose la reclamación de daños que se concretasen posteriormente.

En su escrito de reclamación, los interesados relatan que el pasado día 16 de octubre de 2003, su hijo, de 6 años de edad, junto con otros niños de su curso salieron al patio en horario de recreo y cuando concluyó el tiempo destinado al mismo todos los alumnos entraron en clase, menos G., que permaneció en el patio y, encontrándose solo, aprovechó la circunstancia para saltar la valla que rodea el patio, provocándose un esguince doble en ambos tobillos a consecuencia del salto. La Policía Nacional, alertada por el centro, lo encontró sobre las 12,30 horas en un parque aledaño. Aseguran los interesados que la causa es imputable a un mal funcionamiento del servicio público, en particular, "*a una dejadez en las labores de vigilancia de los profesores responsables de su seguridad y tutela*". Los reclamantes manifiestan que no se trata de un supuesto de fuerza mayor, pues entienden que el hecho era previsible debido a la falta de vigilancia del profesorado.

En cuanto a la cuantificación del daño, detallan: 44 días de incapacidad a razón de 60 euros, total 2.640 euros; por gastos de farmacia, 26 euros, y por un escáner realizado en la sanidad privada, en donde está siendo tratado, 120 euros, lo que supone un total de 2.786 euros, sin perjuicio de la reserva expresada de añadir otros gastos que se puedan generar por las secuelas u otros conceptos.

Además, solicitaron la admisión de prueba documental y la práctica de la testifical de los profesores encargados de la vigilancia de los menores.

A dicho escrito, los reclamantes acompañaron la siguiente documentación:

- Copia de informes de fechas 15 y 16 de octubre de 2003, del Servicio de Urgencias del Hospital "*Rafael Méndez*" de Lorca, con diagnóstico de traumatismo en ambos tobillos y esguince doble.
- Copia de informe médico de la C. M. D., de Lorca, suscrito por el Dr. J. M. M. M., de 18 de noviembre de 2003, sobre el tratamiento prescrito por el mismo y seguido por el paciente.
- Copia de informe del mismo médico, de fecha 25 de noviembre de 2003, sobre la evolución de la dolencia.
- Copias de facturas de farmacia por importe de 3,80 y 12,20 euros.
- Copia de factura de 18 de noviembre de 2003, por la realización de un TAC en los tobillos del menor, por importe de 120 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2003, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificado dicho acto mediante correo certificado, constando acuse de recibo del 22 de diciembre de 2003.

**TERCERO.-** El 8 de enero de 2004 se requirió a los reclamantes para que subsanaran la reclamación en cuanto a la acreditación de su representación legal, siendo aportada

posteriormente copia compulsada del Libro de Familia acreditativo de su paternidad.

**CUARTO.-** Solicitado a la Dirección del Centro escolar un informe sobre lo ocurrido el día del accidente, la Directora del Colegio lo emitió el 19 de enero, en el que relata:

*"El miércoles día 15 de octubre (y no el 16 como apunta la notificación de solicitud de informe), al finalizar el período de recreo comprendido desde las 11:00 horas a las 11:30 horas, la tutora se percata de la ausencia del alumno G. M. C., comunicándolo a la Directora del Centro, comienza su búsqueda, en primer lugar en los aseos (pensando en que el retraso se debía a que estaba orinando o bebiendo agua), y, después en las demás dependencias del Centro tanto interiores como exteriores, no hallándose a este alumno.*

*Tras preguntar a sus compañeros de clase si lo habían visto en el patio durante el periodo de recreo, dos de ellos (J. J. P. J. y J. D. G. R.) afirman que lo han visto y se les pide por parte de la tutora y de la Directora que les acompañen en la búsqueda indicándole en qué zona y lugar se encontraba la última vez en que lo vieron en el tiempo de recreo.*

*Al no ser localizado dentro del recinto del Centro, se le da aviso a un primo y a su hermano por si ellos tienen conocimiento de su paradero, (pudiendo barajar la hipótesis de que hubiera sido recogido por algún familiar en el periodo de recreo, por motivos médicos u otras circunstancias y se lo hubieran llevado sin avisar). Ante el desconocimiento de estos, la Directora avisa telefónicamente a la madre D.<sup>a</sup> A. C. M., mientras que se moviliza todo el personal disponible (maestros, personal del comedor, conserje, etc.) para su búsqueda, y estando dando aviso a la policía, una maestra visualiza por una ventana la presencia de un niño escondido detrás de un banco en un parque próximo fuera del recinto del Centro. Acto seguido el padre inmediatamente se desplaza a recogerlo subiéndolo al Centro, tras quejarse de dolor en los pies es trasladado por sus padres al servicio de urgencias del Hospital Rafael Méndez, al cual acude en breve su tutora para informarse del estado del niño.*

*Al día siguiente, tras las múltiples versiones verbales que el alumno dio, temiendo a las represalias por la imprudencia cometida, (ya que es conocido sobradamente por los alumnos de este Centro que el saltar la valla supone una falta muy grave dentro de la normativa del Centro), y ante la presión de los padres para que este concretara la verdad, estos se personaron en el Centro ante el requerimiento de la Dirección para el esclarecimiento de los hechos. Afirmando los padres verbalmente ante la presencia de la Directora y tutora que la versión era: "Que G. tuvo un conflicto con otro alumno (H. S., alumno con desconocimiento del idioma castellano, tanto por su origen magrebí como por su deficiencia acusada en un desfase curricular donde no se corresponde su nivel de competencia con su edad cronológica), ha saltado la valla por la parte lateral y se refugió en el parque próximo".*

*Que por parte del Centro se le ofreció a D. M. M. M. y a D.<sup>a</sup> A. C. M. la opción de avisar a H. S. para abrir una investigación de lo ocurrido, manifestando estos su negativa ante esta posibilidad, pidiendo "que no se tomaran represalias alguna contra el otro alumno, ya que este carecía de lenguaje y facultades debido a su deficiencia, dejando el asunto zanjado a petición suya", con la salvedad de que se tomaran las medidas necesarias para elevar la altura de las vallas que delimitan el recinto.*

*Otros datos significativos:*

- Por encontrarse la ubicación del Centro en la parte alta del barrio, este se encuentra delimitado por vallas y muros que permanecen cerrados en horario lectivo.*
- Que dentro de la normativa del Centro se recoge que tanto las entradas de comienzo de las clases, como la entrada después de la finalización del periodo de recreo es avisada con un timbre, tras el cual los alumnos deben de colocarse en su lugar y fila, en la parte frontal de la entrada al Colegio correspondiente a cada curso. Y que por lo acontecido, pensamos y así se le trasladó a los padres siendo corroborado por ellos, que esto lo realizó a escondidas,*

*esquivando tanto la vigilancia de profesores como de sus compañeros.*

*Para concluir, aclarar que ante esta incidencia tanto la Dirección del Centro como la tutora han estado abiertos y disponibles ante todas las sugerencias, informes e investigaciones pertinentes de todas las partes implicadas, como ya se ha especificado anteriormente y que se tomaron las medidas adoptadas de mutuo acuerdo con la familia de forma cordial y sin que ésta solicitase más información ni explicaciones al Centro en ningún momento."*

A su informe, la Directora adjuntó un cuadro de "Turnos de vigilancia de recreos", donde consta que de tres a cinco profesores se reparten por zonas, de lunes a viernes, la vigilancia del perímetro total del Centro: puerta 1 y mitad del patio central (zona techada); puerta 2, aseos y mitad restante del patio central (zona no techada); pistas; zona de columpios; entrada al colegio y zona lateral desde el patio de educación infantil de alumnos de 5 años hasta el de los alumnos de 4 años.

**QUINTO.-** La instructora solicitó informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Consejería de Educación y Cultura acerca de las características de la valla que saltó el menor, en especial, sobre su altura y condiciones de idoneidad de protección del recinto. El Arquitecto Jefe de la citada Unidad, en informe de 25 de febrero de 2004, dictaminó que, a su juicio, con una altura que hace un total de 185 a 190 cms, la valla de referencia es *"suficiente y adecuada para la misión que tiene encomendada"*, informando igualmente que la normativa no se pronuncia al respecto con detalle, sino tan solo recomendando visibilidad desde el exterior evitando *"un tratamiento excesivamente cerrado, sin perjuicio de la seguridad"* (Boletín del Mº de Educación y Ciencia de 2-12-1991, Instrucciones de diseño).

**SEXTO.-** El 1 de marzo de 2004 se acordó conceder el preceptivo trámite de audiencia al amparo del artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, personándose el reclamante en el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación y Cultura el 10 de marzo, presentando alegaciones el 24 de marzo siguiente.

En ellas, el reclamante alega que el informe de la Directora pone en evidencia la dejadez en el ejercicio de sus funciones de la tutora, pues el menor quedó fuera del radio de su cuidado, sin que se percatara de su ausencia salvo transcurrido un tiempo, teniendo que preguntar a dos alumnos de cinco años dónde se encontraba su compañero. Con respecto al informe emitido por el Arquitecto, argumenta que la valla en cuestión no cumple con la recomendación para los proyectos de construcción de centros públicos, como lo demuestra el hecho de que un niño de seis años haya podido proceder a su escalada sin mayor dificultad, abundando en este punto el hecho de que el Centro, en sesión reciente, aprobó por unanimidad el aseguramiento de la valla donde el menor sufrió las lesiones mediante la instalación de un tejadillo volado al interior sobre el perímetro de la valla.

El reclamante, además, adjunta fotocopia de diversos documentos relacionados con la operación del menor a consecuencia de las lesiones producidas por su caída, realizada en la C. S. C. de Murcia: factura de 300 euros, de A., en concepto de anestesia para intervención quirúrgica; factura del H. S. C. por valor de 1.920 euros, por los honorarios médicos de la intervención practicada al menor el 11 de marzo de 2004; informe médico de alta hospitalaria del servicio de traumatología del referido hospital, y factura por importe de 873,58 euros, de fecha 11 de marzo de 2004, del mismo Hospital, por diversos servicios prestados por éste.

**SÉPTIMO.-** El 21 de junio de 2004 se formula propuesta de resolución en la que, en síntesis, se considera que la valla de cercado del Colegio no cumple el requisito esencial de salvaguarda de seguridad de los menores. Indica, específicamente, que a la luz del informe técnico, el defecto de ésta pudiera no encontrarse tanto en la altura de la misma (casi dos metros), como alegó el interesado en un primer momento, sino más bien en su constitución fácilmente escalable por un niño y traspasable, siendo razonable exigir un mayor agotamiento



de las medidas de seguridad de la valla perimetral; medidas de prevención de riesgos que se imponen con lógica, habida cuenta de dos elementos fundamentales: la edad de los alumnos que acoge el Centro escolar (niños desde cuatro y cinco años, que pueden no ser plenamente conscientes de los riesgos de transgredir las normas, como pretende la Directora), y las condiciones de ubicación en que se encuentran las edificaciones escolares, con un gran desnivel por los laterales, un terraplén (según se aprecia en las fotografías así como en las manifestaciones de la Directora *"por encontrarse la ubicación del Centro en la parte alta del barrio, este se encuentra delimitado con vallas y muros que permanecen cerrados en horario lectivo"*), que presumiblemente podrían provocar que fuera más lesiva la caída de los menores, en su caso.

En lo que se refiere a la indemnización, estima que los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada no son resarcibles, pues los reclamantes tenían derecho a asistencia pública, eligiendo libremente la privada, y tampoco procede indemnización por días de incapacidad temporal al no quedar acreditada la misma ni su cuantificación económica. Estima, pues, que sólo deben indemnizarse los gastos farmacéuticos, en una cantidad de 26 euros (aunque la suma de las cantidades reflejadas en las facturas asciende a 16 €, incurriendo, así, en el mismo error aritmético padecido por los reclamantes).

**OCTAVO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 29 de julio de 2004, el Consejero de Educación y Cultura solicita nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

La propuesta de resolución, que culmina las actuaciones practicadas, trata de finalizar un procedimiento iniciado para resarcir los daños que se dicen causados por el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por ello, el Dictamen se emite con carácter preceptivo, al así ordenarlo el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Tramitación.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

No ofrece duda la facultad de la Administración regional y, en concreto, del Consejero de Educación y Cultura para resolver el presente procedimiento, ya que el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, traspasó a la Región de Murcia las funciones y servicios del Estado sobre enseñanza no universitaria, según la asunción de competencia contenida en el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía, traspaso de servicios efectivo a partir del 1 de julio de 1999. Del Decreto 52/1999, de 2 de julio, resulta la atribución del ejercicio de tal competencia a la Consejería consultante.

La reclamación se ha interpuesto por persona legitimada y en tiempo hábil, quedando acreditada la representación de los comparecientes.

### **TERCERA.-** Relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento de los servicios públicos regionales: existencia.

De los artículos 139 y 141 LPAC se desprende que la Administración Pública ha de responder por los daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no

tengan el deber jurídico de soportar.

Acreditada la existencia de determinados daños que son objeto de la reclamación que nos ocupa, y sin perjuicio de lo que sobre los mismos se dirá en la siguiente Consideración en orden al alcance del deber de su resarcimiento por la Administración, procede analizar primeramente la existencia de relación de causalidad entre los mismos (ahora genéricamente considerados) y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.

Desde esta perspectiva, ha de coincidirse con la propuesta de resolución en que, por las razones que la misma expresa, es decir, por las características de la valla de cercado del Colegio en cuestión, por el singular entorno físico del mismo (el desnivel exterior colindante) y la corta edad de los alumnos del Centro (no suficientemente conscientes de las consecuencias de sus acciones), dicha valla no cumplía el requisito, esencial, que ha de reunir, cual es evitar que aquéllos la traspasen y queden así fuera del recinto colegial, con las consecuencias que ello puede conllevar, tanto en lo que se refiere al daño derivado de la escalada y traspaso de la valla (el caso que nos ocupa), como, eventualmente, otros daños que puedan sufrir los alumnos o que éstos puedan ocasionar a terceros.

Así pues, tratándose de una deficiencia de un elemento de protección de la seguridad de los alumnos, la Administración educativa, es decir, la regional, tenía que haber dispuesto el reforzamiento de adicionales medidas disuasorias para el escalado de la valla, medidas que se han revelado como posibles y razonablemente previsibles, como indica la propuesta de resolución. Cuestión distinta, y de carácter interadministrativo, es lo relativo a la coordinación de actuaciones entre la Administración educativa regional y la municipal, encargada ésta, con carácter general, de la conservación y adecuación de los centros docentes de su titularidad, aspecto que carece de relevancia a los efectos de esta reclamación, si bien parece difícil una imputación de responsabilidad municipal en vía de regreso, si la Administración docente no comunicó previamente al Ayuntamiento la necesidad de realizar las obras pertinentes.

#### **CUARTA.- Sobre los daños por los que se reclama indemnización.**

En primer lugar, ha de indicarse que de los sucesivos escritos de los reclamantes se deduce que su pretensión es, de un lado, reclamar cantidades concretas por daños que estiman ya concretados o consolidados y, de otro, obtener un pronunciamiento de reconocimiento genérico de la obligación de indemnizar los gastos que, con posterioridad a este procedimiento, acrediten que se han devengado por causa del accidente que sufrió su hijo. Así se desprende del suplico de su último escrito, en el que, tras aportar nuevas facturas por gastos no reclamados en el inicial escrito de reclamación, no sólo no solicitan el resarcimiento de estos últimos, añadidos a los concretados en el primero (aunque haya de presumirse), sino *"que se declare la obligación de la Consejería de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el menor"*, habiendo expresado previamente que *"se informará cuando el menor reciba el alta médica y se emitirá informe de valoración de daños, con especificación de días de curación, secuelas y gastos soportados"*.

A este respecto, este Consejo Jurídico ha recordado en anteriores Dictámenes que el objeto de esta clase de reclamaciones ha de limitarse al resarcimiento de daños concretos y efectivos, lo que *"no obsta, claro está, a las eventuales y posteriores reclamaciones que el particular pudiera deducir contra la Administración a medida que se fueran concretando nuevos perjuicios. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en reconocer que el particular puede presentar sucesivas reclamaciones a medida que los perjuicios sean "efectivos" (como exige el artículo 141.1 LPAC) o esperar al "agotamiento" del conjunto de los mismos y deducir una reclamación global por todos ellos, siempre que se basen en una misma causa de pedir"*(Dictamen 127/2004).

Por ello, este procedimiento sólo puede pronunciarse sobre aquellos daños que puedan

considerarse concretados, ya por estabilización o consolidación de los mismos, ya por acotarse o referirse a un determinado periodo de tiempo.

Delimitado así el objeto del análisis, las partidas indemnizatorias que pueden considerarse concretadas en los términos expuestos han de dividirse en dos grandes conceptos: a) los gastos por la asistencia médica privada que recabaron los reclamantes, concretadas en las facturas de servicios médicos, hospitalarios, pruebas diagnósticas y medicamentos; y b) la indemnización correspondiente a los días de incapacidad temporal del niño que, imputables a las lesiones derivadas del accidente, puedan considerarse acreditados hasta el momento.

A) Por lo que respecta a los gastos por la asistencia médica privada, es necesario realizar una especial consideración, pues se trata de una cuestión que, hasta el momento, no ha sido objeto de análisis por este Consejo Jurídico en los concretos términos que se plantean en este caso. Además, la propuesta de resolución es extremadamente parca en este aspecto.

El supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños físicos producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (circunstancia ésta que, no obstante, debería ratificarse en el expediente, según luego se dirá), ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

*"No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada".*

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *"debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una "urgencia vital", de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud".*

En el caso que nos ocupa, no consta en el expediente que, tras acudir al servicio de Urgencias del Hospital público "Rafael Méndez" los días 15 y 16 de octubre de 2003, los reclamantes siguieran las prescripciones que les indicó dicho Servicio, en la copia de los partes médicos que recibieron, de acudir al Servicio de Traumatología de zona en 6-7 días desde el tratamiento de urgencia que se le prescribió al paciente (vid. folios 6 y 7 *"in fine"*); antes al contrario, consta que los reclamantes se dirigieron a la clínica privada de m. d. citada en los antecedentes y, después, a los servicios, en régimen igualmente privado, del H. S. C. de Murcia.

El supuesto es, en este punto, sustancialmente idéntico al planteado en el Dictamen del



Consejo de Estado de 31 de octubre de 2001 (exp. 2649/2001) que, por tal razón, conviene reproducir:

*"Al respecto, debe valorarse que el Servicio de Urgencias del Hospital... de Valladolid, al que acudió la interesada en dos ocasiones, actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio (los días 8 y 12 de abril), descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario, y remitiéndole al control de su médico de cabecera. Así pues, debe concluirse, con el informe de la Inspección Médica y el del perito, que la actuación del Servicio de Urgencias fue correcta, teniendo en cuenta que la finalidad de este Servicio debe ser, razonablemente, la de prestar asistencia urgente a aquellas dolencias que ponen en peligro la vida o salud de los pacientes, remitiendo las demás patologías que, aun siendo graves no sean de extrema gravedad, al control de su médico de cabecera que, en su caso, le derivará al correspondiente Servicio de Atención Especializada para su exploración más profunda.*

*Sin embargo, la ahora reclamante, tras su primera asistencia a urgencias el día 8 de abril de 2000, no acudió al médico de cabecera -como le habían indicado los facultativos del Servicio de Urgencias-, sino que dos días más tarde (el 10 de abril), fue a una clínica privada de ginecología donde se le detectó, a través de la realización de una ecografía, la existencia de un quiste ovárico, iniciándose ese mismo día el estudio preoperatorio necesario para su extirpación quirúrgica.*

*Así pues, tras la primera asistencia a urgencias, la paciente acudió a la medicina privada, en lugar de acudir a su médico de cabecera, por lo que no parece que exista una denegación injustificada de la asistencia sanitaria pública ni siquiera un error de diagnóstico, pues la propia reclamante reconoce en su escrito que se dirigió a la clínica ginecológica privada "teniendo en cuenta que en Urgencias me dijeron que los dolores podrían provenir de los ovarios".*

*En este sentido, la interesada, con base en el diagnóstico del parte de urgencias, pudo haber acudido a su médico de cabecera, demandando una asistencia ginecológica similar a la que recibió en la medicina privada, por una decisión libre y voluntaria, y sólo a ella imputable".*

En nuestro caso, el servicio de Urgencias remitió al paciente ya directamente al servicio especializado, el de Traumatología, sin que, como se dice, conste que acudieran al mismo. Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la Comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles.

En el caso que nos ocupa, es evidente que no puede aceptarse la existencia de una denegación o retraso asistencial del servicio de Traumatología de zona porque no consta que los reclamantes acudieran al mismo. Tal circunstancia lleva a desestimar la indemnización de los gastos reclamados por honorarios médicos, hospitalarios y farmacéuticos privados cubiertos por el sistema sanitario público.

Lo anterior presupone, claro está, la efectiva acreditación de que el accidentado estaba bajo la cobertura del Sistema Nacional de Salud, circunstancia que, aunque pudiera presumirse, no aparece cumplidamente acreditada, teniendo en cuenta que tal afirmación es realizada por primera vez en la propuesta de resolución y ésta no es conocida por los reclamantes para que puedan negar o no tal afirmación. Por ello, procede la acreditación formal de que el accidentado tiene derecho a la asistencia sanitaria pública en los términos establecidos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, y normas concordantes de aplicación.

B) Por lo que se refiere a la indemnización por días de incapacidad temporal es necesario hacer, asimismo, una especial reflexión. Así, no ofrece duda que el hecho de que el perjudicado acuda a la sanidad privada en detrimento de la pública a la que tenía derecho no elimina el deber de la Administración responsable de indemnizar los perjuicios inherentes a dicha incapacidad. El problema es, sin embargo, de orden probatorio, pues la ausencia de intervención en el proceso terapéutico de los servicios sanitarios públicos plantea al instructor la duda sobre la regularidad y adecuación del tratamiento médico dispensado (pues, obviamente, no por acudirse a la medicina privada se está exento de eventuales errores al respecto) y, específicamente, sobre la duración del periodo de incapacidad y su carácter impositivo o no para el paciente. En estos supuestos, las concretas circunstancias de cada caso determinarán si los informes de los profesionales privados aportados por el reclamante deben ser o no contrastados por los oportunos servicios públicos sanitarios especializados mediante la solicitud del oportuno informe. En cualquier caso, y sin ánimo de sentar inconvenientes generalizaciones, las incertidumbres o los razonables márgenes de apreciación que puedan surgir en la determinación de estas cuestiones no pueden perjudicar a la Administración, lo que conlleva tener especial cautela y adoptar un criterio estricto en las apreciaciones probatorias (máxime si el interesado, aun siendo lícita su decisión de optar por la medicina privada para curarse -aunque sin derecho a reintegro de gastos-, no la comunica en ese momento a la Administración que considere potencialmente responsable, como sucedió en el caso que nos ocupa).

Aplicado lo anterior al caso planteado, se considera razonable aceptar como días de incapacidad de carácter impositivo, sin necesidad de recabar informe médico posterior (y sin perjuicio de la decisión que en este punto adopte el instructor), los días que median entre la fecha del accidente, 15 de octubre de 2003, y el 25 de noviembre de ese año, fecha del segundo informe de la citada C. M. D..

Así, el primero de los informes de esta Clínica, de 18 de noviembre de 2003, señaló lo siguiente:

*"Paciente de 6 años de edad que sufrió caída desde altura sobre ambos talones el pasado 15/10/2003, según refiere en el patio del colegio, con resultado de dolor e impotencia funcional inmediata. Fue atendido de urgencias en Hospital Rafael Méndez de Lorca y posteriormente ante la no mejora sintomatológica fueron descubiertas sendas fracturas de calcáneo que se trataron con sendas escayolas.*

*El 10/11/2003 se solicitó estudio TAC de ambos pies que dio como resultado una fractura multifragmentaria de calcáneo derecho y una fractura impactada del calcáneo izquierdo. El*



*paciente ha estado escayolado, estando confinado en una silla de ruedas sin poder asistir a clase ni realizar actividades extraescolares hasta día de la fecha en que retiramos botines de escayola y realizamos vendajes funcionales para comienzo de apoyo parcial con muletas. El paciente precisa seguir ttº médico con Dalsy y Bioptimun stress, tratamiento que sigue desde el primer día y desde el pasado 7/11/03 respectivamente.*

*El paciente será controlado en una semana para estudio evolutivo y valorar vuelta a clase y necesidad de posible rehabilitación".*

Y el segundo, de 25 de noviembre de 2003:

*"Paciente en tratamiento por fracturas de ambos calcáneos tras caída de una altura sobre los talones el pasado 15/10/2003.*

*En la actualidad la evolución es buena tras inmovilización con escayola y posterior tratamiento con vendajes funcionales.*

*Envío para reeducación de la marcha con carga progresiva".*

Es conveniente indicar que, a salvo de lo que pudiera apreciarse en un eventual informe médico posterior, la causa de que en el Servicio de Urgencias no se apreciaran las fracturas a que alude el primero de los transcritos informes puede deberse a que al paciente se le realizaron radiografías de Rayos X (que, según los partes obrantes en el expediente, no revelaron "lesiones óseas agudas", f. 7 exp., ni "fractura ósea, apreciándose leve descalcificación" f. 6 exp.), pero no un TAC, que fue la prueba que, más tarde, resultó reveladora al respecto y que en modo alguno era exigible que realizase el Servicio de Urgencias, por el específico carácter de éste en relación con la dolencia entonces planteada, circunstancia que impide apreciar error de diagnóstico por el citado Servicio, sin que los reclamantes acudieran posteriormente al de Traumatología como se les prescribió.

De lo anterior resultan 42 días en los que el accidentado no pudo desarrollar normalmente su actividad escolar que, a 44,65 euros por día, según la Resolución de 20 de enero de 2003, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultan de aplicar durante 2003 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (aplicable supletoriamente a supuestos como el que nos ocupa, como tiene reiteradamente establecido la Jurisprudencia y este Consejo Jurídico), da lugar a una indemnización de 1.875,3 euros, a la que habría de añadirse el importe de los gastos farmacéuticos en la parte no cubierta, en su caso, por el sistema sanitario público. Dicha cantidad deberá actualizarse en los términos establecidos en el artículo 141.3 LPAC.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y determinados daños que, sufridos por el hijo de los reclamantes, éste no tiene el deber jurídico de soportar.

**SEGUNDA.-** No procede indemnizar a los reclamantes por los gastos sanitarios derivados de la atención sanitaria privada dispensada al paciente por las lesiones imputables a la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta, A) de este Dictamen, siempre que se ratifique que el lesionado tenía derecho a la asistencia sanitaria del sistema público de salud. En tal caso, la motivación incluida al efecto en la propuesta de resolución resulta escasa, por lo que debería completarse en el sentido indicado en el Dictamen.

**TERCERA.-** Procede indemnizar a los reclamantes, en representación legal de su hijo, por los daños inherentes a la incapacidad temporal derivada del tiempo de curación de las lesiones de

éste, y por gastos farmacéuticos, en los términos y con el alcance a que se refiere la Consideración Cuarta, B) de este Dictamen.  
No obstante, V.E. resolverá.

