

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**Recurso número 387/2019**

**Ponente:** [REDACTED]

**Recurrente:** [REDACTED]

**Procurador:** [REDACTED]

**Demandado:** ASEPEYO , Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 151

**Procuradora:** [REDACTED]

**SENTENCIA nº 217/2020**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

[REDACTED]

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

[REDACTED]

[REDACTED]

En la ciudad de Madrid, a 4 de junio de 2020, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador [REDACTED], actuando en representación de [REDACTED] contra la desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por [REDACTED] ante ASEPEYO , Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 151 , en fecha 7 de mayo de 2018, por error de diagnóstico y error terapéutico , en la atención a ella dispensada.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña [REDACTED],

que expresa el parecer de la Sección.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

**SEGUNDO.** - El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno.

**TERCERO.** - Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 3 de junio de 2020.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Doña [REDACTED] [REDACTED] ante ASEPEYO , Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 151 , en fecha 7 de mayo de 2018, por error de diagnóstico y error terapéutico , en la atención a ella dispensada.

Como hechos en los que fundamenta el recurso alega los siguientes:

*“ El día 30 de octubre de 2013, sufrió un accidente de circulación siendo atropellada lo que le ocasionó una lesión de origen traumático consistente en una FRACTURA DISTAL DE TIBIA TIPO III DE TILLAUX.*

*Recibió una primera asistencia en el Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda, donde le hicieron un estudio de radiología y un TAC diagnosticando*

la fractura de tibia distal. Le colocaron un yeso suropédico como tratamiento provisional (Se aporta informe de Traumatología del Hospital Puerta del Hierro de fecha 30 de octubre de 2013 como documento nº 2).

Ese mismo día, fue derivada al Hospital de Asepeyo para tratamiento definitivo por tratarse de una lesión sufrida en accidente in itinere al sufrir un el atropello al desplazarse desde su domicilio al centro de trabajo.

El día 30 de octubre de 2013, en el Centro Asistencial de ASEPEYO en las Rozas emitiéndose un juicio clínico de "Fractura de tercio distal de tibia derecha, aporta radiografías, se aprecia fractura cerrada no desplazada de tercio distal de tibia derecha.

Pautando, mantener yeso y control en 24 horas, IC con la unidad del pie (para ver orientación terapéutica), tratamiento farmacológico consistente en Omeprazol, Enantyum, Paracetamol y Clexane " (F 20 del expediente administrativo).

El día 08 de noviembre de 2013 en el Hospital Asepeyo de Coslada tras haberle realizado radiografías se identificó Rx fractura distal de tibia Tillaux con apertura de sindesmosis tibioperonea inferior y Rx lumbar normal. Por ello fue intervenida quirúrgicamente bajo anestesia raquídea realizándose reducción y colocación de implante Zip Tight de Biomed; siendo dada de alta el 09 de noviembre de 2013 (F- 23 del Expediente Administrativo).

Posteriormente se mantuvo inmovilizada hasta el día 05 de diciembre de 2013 iniciando el apoyo en el día 20 de diciembre de 2013; y a las 6 semanas, el día 02 en enero de 2014 empezó el tratamiento rehabilitador.

Ante la evolución desfavorable, en el Centro Asistencial de ASEPEYO Collado-Villalba el día 10 de marzo de 2014 se realiza la segunda intervención, una exploración artroscópica, observando fragmento canto anteroexterno tibial (tillaux) ligeramente volteado que no permite encierre correcto de la sindesmosis se procede a reseca el fragmento y tras retirar el implante Zip\_Tight de Biomed se estabiliza con dos tornillos transindesmales de 4mm. Siendo dada de alta el día siguiente. (F 36 a 38 del Expediente Administrativo).

En el día 9 de mayo de 2014, en el Hospital ASEPEYO de Coslada, fue intervenida quirúrgicamente por tercera vez para retirar el material de osteosíntesis. (02 tornillos transindesmales). Siendo dada de alta el mismo día.

*Inicia la rehabilitación de nuevo el 7 de abril de 2014 para comenzar a movilizar, en esos momentos todavía la consolidación es defectuosa. (F 41 del Expediente Administrativo).*

*El 19 de mayo de 2014, en el Hospital ASEPEYO de Coslada, tras el control de rayos X se muestra apertura de la mortaja, pautándose realización de tratamiento específico rehabilitador. Sin embargo, tras la revisión efectuada el 09 de junio de 2014 seguía con dolor.*

*Dado que la evolución sigue siendo desfavorable con dolores permanentes al nivel del tobillo y sensación de inestabilidad, el día 14 de julio de 2014 le fue realizado un examen de rayos X en el tobillo derecho que demuestra la apertura de la sindesmosis (F 51 del Expediente Administrativo).*

*Observando el resultado de dicho examen, el día 28 de julio de 2014 fue intervenida quirúrgicamente por cuarta vez practicándose el cierre de sindesmosis con tornillo transindesmal de 4mm esponjosa de Marquard y se realiza un túnel peroneotibial a tornillo transindesmal por donde se aporta aloinjerto tendinoso fijado a tibia y peroné mediante 2 implantes Allthread Knotless de Biomed. Siendo dada de alta el 30 de julio de 2014. (F 53 del Expediente Administrativo).*

*Se mantiene la inmovilización hasta el día 18 de agosto de 2014 y sin apoyo hasta el 1 de septiembre de 2014 cuando inicia carga protegida con ortesis tipo Walker.*

*El día 21 de octubre 2014, en Hospital ASEPEYO de Coslada, es intervenida quirúrgicamente por quinta vez, se procede a la retirada del tornillo transindesmal y control en escopia de reducción sindesmosis. Siendo dada de alta el mismo día. . (F 63 del Expediente Administrativo).*

*El día 13 de enero de 2015 en el Hospital ASEPEYO de Coslada, es intervenida quirúrgicamente por sexta vez, practicándose retirada de ligamentoplastia e implantes previos; cruentación tibio-peronea distal e interposición de matriz ósea desmineralizada Grafton Crunch 5cc+ hueso obtenido en la cruentación, y fijación con placa y 3 tornillos de rosca parcial. Siendo dada de alta el día siguiente. (F 72 y 73 del Expediente Administrativo).*

*El 7 de mayo de 2015 acude al Hospital ASEPEYO de Coslada para realizar el control de sus lesiones, donde tras una evaluación se concluye la presencia de artrodesis tibioperonea inferior con signos de evolución de consolidación,*

*observando callo perióstico significativo en los márgenes anteriores de ambas vertientes articulares, si bien únicamente existen varios e incipientes puentes óseos uniendo de forma completa ambos márgenes. Y se recomienda valorar posible tendinopatía peronea. (F 79 del Expediente Administrativo).*

*El 25 de junio de 2015, fue sometida a un estudio de valoración funcional con los diagnósticos de Consolidación (unión) defectuosa de fractura de tibia derecha. Asistencia para extracción de material de osteosíntesis (AMO), otra complicaciones por implante e injerto ortopédico, efecto tardío de fractura de extremidades inferiores y fractura cerrada del maléolo externo, transindesmótica.*

*En el estudio se mostró que "la paciente camina a una velocidad normal y que no se registra claudicación. Es una marcha asimétrica a expensas de la fuerza de frenado, fuerza de propulsión y en menor medida de la fuerza de despegue. Se objetiva para la extremidad derecha una valoración por debajo de la normalidad para la fuerza vertical que empeora en la 2ª sesión, estando el resto de las fuerzas estudiadas dentro de la normalidad. La puntuación final de la extremidad izquierda se encuentra ligeramente por debajo de la normalidad en ambas sesiones".*

*Llegando a la siguiente conclusión médica:*

*La movilidad global del tobillo derecho con respecto al contralateral presenta una limitación global de la amplitud del 30%.*

*En el análisis biomecánico de la marcha, en las condiciones en que ha sido efectuada, presenta una valoración final global del 93% de normalidad (1ª sesión) y del 91% de normalidad (2ª sesión).*

*(Referencia Prueba funcional de la Marcha: Patrón de normalidad k 90%. Base de datos del IBV) (F 80 y 81 del Expediente Administrativo).*

*El 4 de diciembre de 2015 acude al Hospital ASEPEYO de Coslada para realizar control de sus lesiones, donde tras la realización de un TAC se concluye que no hay signos de consolidación tibioperoneal y el tonillo de síntesis distal con discreta invasión de partes blandas antero-internas (F 85 del Expediente Administrativo)*

*Ante la evolución desfavorable, con dolor continuo a nivel de la sindesmosis tibioperoneal distal y la imposibilidad de deambular sin dolor es nuevamente intervenida por séptima y última vez en el Hospital ASEPEYO de Coslada, el 19 de enero de 2016; mediante abordaje lateral sobre peroné (cicatriz previa) se procede*

a la extracción de material (3 tornillos), se cuenta foco de sindesmosis tibioperonea, se coloca injerto óseo esponjosos de cresta iliaca ipsilateral y síntesis con 3 tornillos de rosca parcial. Recibe el alta hospitalaria el 21 de enero de 2019. (F 88 a 90 del Expediente Administrativo).

El 8 de febrero de 2016 acude a la primera consulta de Psicología donde se concluye tras la entrevista psicológica que sufre "cierto disforico, posiblemente relacionado con la mala evolución, el tiempo transcurrido desde el accidente, las secuelas, la pérdida de trabajo y el resultado final". (F 95 del Expediente Administrativo).

El día 9 de mayo de 2016, en el Hospital ASEPEYO de Coslada se le realizó un TAC en el tobillo derecho cuyo resultado fue:

"Observamos integración del injerto con puente óseo tibioperoneo distal sintetizado con placa lateral y 3 tornillos transversales de fijación tibioperoneal. Discreta exostosis anterior y sinovitis tibioastragalina con patrón cicatricial yuxtacapsular de predominio anterior. Pinzamiento de la interlínea tibioastragalina lateral que sugiere probable condropatía. Sin otras alteraciones significativas". (F 98 del Expediente Administrativo)

Ante la evolución posoperatoria sigue siendo desfavorable el 06 de junio de 2016 mi representada acudió al Hospital ASEPEYO de Coslada para realizar seguimiento de sus lesiones, manifestando dolor e inflamación y dificultad para caminar por terreno irregular.

En la exploración física, se encontró el "tobillo no inflamado circunferencialmente, engrosado en cara lateral. Movilidad 15º menor a la extensión respecto a contralateral. Dolor a la palpación y rotación en sindesmosis, no dolor con la inversión".

En el informe se afirma que se considera a las posibilidades agotadas. (F 99 del Expediente Administrativo).

En noviembre del 2016, mi representada acudió en el Hospital Universitario Puerta del Hierro Majadahonda, para realizarse una gammagrafía ósea. En la cual se encontró lo siguiente: Hallazgos gammagráficos compatibles con trastornos en la consolidación/ movilización material de osteosíntesis. TC de tobillo derecho:

*Material de osteosíntesis con placa y tres tornillos de fijación a nivel del tercio distal de tibia y peroné, con anquilosis ósea completa entre ambas estructuras óseas y sin evidenciar osteólisis entorno al material protésico que indique aflojamiento. Emitiendo el Juicio Clínico de dolor neuropático post-Qx con componente simpático. Ofreciendo como tratamiento un implante de electrodo de ganglio de raíz dorsal de L4 se explica la técnica. Expectativas y riesgos. Se adjunta informe como documento nº 3.*

*El 24 de abril de 2017, fue ingresada a la unidad del dolor del Hospital Universitario Puerta del Hierro Majadahonda, para que le sea realizado un procedimiento quirúrgico, por el síndrome doloroso de dolor mixto post-traumático en tobillo derecho.*

*El procedimiento quirúrgico consistió en la realización de un implante de electrodo del GRD en L4 derecho, se hacen bucles en EE, se comprueban correctas impedancias y estímulo que cubre la zona de dolor. Posteriormente se fija electrodo a fascia con sutura no reabsorbible, se tuneliza al bolsillo en flanco derecho donde se conecta a extensión que tuneliza algo más lateral. Se comprueban nuevamente impedancias y se cierra por planos.*

*Se adjunta informe de la Unidad del Dolor como documento nº 4”*

Considera la recurrente que existió una negligencia médica por parte de ASEPEYO por cuanto que – tras la primera asistencia médica en el Centro Hospitalario de Puerta de Hierro en Majadahonda- fue derivada al hospital de Asepeyo para el tratamiento definitivo, centro sanitario específico de traumatología que cuenta con los medios suficientes para atender esta patología, ya que en este tipo de fracturas -posteriormente a la realización del estudio radiológico completo (incluye RX y TAC) y la inmovilización con yeso de la extremidad, actuaciones realizadas en el Hospital Puerta del Hierro- debe realizarse un nuevo estudio radiológico para comprobar que no existe desplazamiento que indique la necesidad de tratamiento quirúrgico mediante osteosíntesis y muestre si la fractura ha quedado reducida de forma adecuada, nuevo estudio radiológico que no se realizó por parte de Asepeyo por lo que no se comprobó que el tratamiento ortopédico fuera correcto, siendo así que además, el estudio de TAC antes mencionado

realizado en el Hospital Puerta del Hierro muestra fractura con desplazamiento de fragmentos y en este supuesto debería haberse realizado cirugía reducción cerrada con ayuda de aguja percutánea y posterior síntesis con tornillo canulado o reducción abierta y fijación con tornillos de esponjosa a través de un abordaje anterolateral, desplazamiento de fragmentos que no se observa por los médicos de Asepeyo que afirman que *“aporta radiografías: se aprecia fractura cerrada no desplazada de tercio distal de tibia derecha”* (F 20 del Expediente Administrativo).

Concluyendo en que existen datos objetivos y evidencias de que la actuación sanitaria de Asepeyo no ha sido la adecuada en este caso concreto en lo referente al ofrecimiento de medios adecuados de diagnóstico lo cual condujo necesariamente a error terapéutico, no habiendo tampoco sido correcta la prestación de cuidados pues lo más adecuado hubiera sido la reducción y el tratamiento consistente en osteosíntesis lo más precoz posible para evitar las secuelas que se han producido en la paciente. Ha existido un error de diagnóstico por omisión de estudio de TAC y como consecuencia también un error terapéutico pues se le indica inicialmente un tratamiento no adecuado al caso concreto como fue el implante Zip Tight Biomed, no reconociéndose hasta marzo de 2014 por parte de los servicios sanitarios que el tratamiento realizado ha sido erróneo y ha ocasionado secuelas graves en la paciente.

Concluye que por la actuación negligente de los médicos de Asepeyo se ha ocasionado a Doña [REDACTED] un daño corporal grave con secuelas anatómicas y funcionales crónicas y progresivas que condicionaron la incapacidad permanente de grado total para su trabajo habitual reconocida por el EVI y también un daño psicológico por el sufrimiento moral padecido no previsible ni lógico, que se podía haber evitado y no se hubiera producido si el tratamiento hubiera sido el adecuado, estos daños han sido debidos y ocasionados directamente por mala praxis sanitaria realizada en los centros sanitarios de Asepeyo.

Aporta con la demanda informe pericial realizado a sus instancias por Don [REDACTED], Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Medicina del trabajo, Ex Médico Forense de Instituto de Medicina Legal, colegiado [REDACTED], el cual ha realizado la valoración de la declaración y/o reconocimiento del paciente que ha recibido la asistencia sanitaria, la revisión de todo el historial clínico aportado de los centros donde ha recibido la asistencia sanitaria, así como la

valoración de la praxis médica realizada en ese caso concreto, la existencia de negligencia médica y de daños, que llega a las siguientes conclusiones sobre los actos sanitarios realizados y la evaluación de la paciente:

*“1. Consideraciones médico-legales sobre los actos sanitarios realizados:*

- *Se aprecia conducta irregular del sanitario por omisión del tratamiento adecuado al caso.*

- *Se aprecia error diagnóstico.*

- *Se aprecia error terapéutico.*

- *Incumplimiento de la obligación de medios necesarios y adecuados al caso.*

- *Incumplimiento de las normas del código deontológico médico: artículos 12.1, 17.1 y 5.1.*

- *Incumplimiento de la Ley 41/2002: artículos 2.2, 2.3, 4.2, 4.3, 8.1, 8.2, 8.3, 10.1 y 10.2.*

- *Incumplimiento de reglas y protocolos específicos de actuación Lex Artis Ad hoc.*

- *Incumplimiento de la obligación de información escrita/verbal adecuada al caso.*

- *Incumplimiento de la obligación de consentimiento escrito/verbal adecuado al caso.*

- *Incumplimiento de la obligación de dar la oportunidad de elegir al paciente una opción u otra.*

- *Se aprecia existencia de daño y/o perjuicio moral derivado del acto sanitario.*

- *Se aprecia existencia de daño y/perjuicio corporal desproporcionado no previsible ni lógico derivado del acto sanitario.*

*2. Conclusiones médico-legales sobre los actos sanitarios realizados y el estado actual de la paciente:*

- *Ha existido alguna acción u omisión del sanitario no ajustada a la lex artis ad hoc.*

- *Existe algún daño objetivo y real en la persona reconocida.*

- *El daño y perjuicio apreciado es compatible con la asistencia recibida.*

• *El diagnóstico del daño y perjuicio apreciado ha de considerarse de certeza por disponer de suficientes elementos de juicio para emitirlo.*

• *Existe nexo de causalidad entre el daño o lesión detectada y los actos sanitarios realizados.*

• *Las secuelas descritas están suficientemente acreditadas”.*

Solicita en el suplico de la demanda el dictado de Sentencia por la que se anule y deje sin efecto el acto impugnado y se condene a la Administración a indemnizarla por los daños y perjuicios sufridos., en la suma de CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CATORCE EUROS CON CINCUENTA Y SEIS (151.614,56 €), más intereses y costas derivados del procedimiento.

Reclamando por los siguientes daños y perjuicios:

D<sup>a</sup> [REDACTED] tardó en alcanzar la estabilización de las lesiones y secuelas un total de 951 días, de los cuales:

17 días son impeditivos con hospitalización

934 días son impeditivos sin hospitalización a los cuales hay que restarle 100 días que son impeditivos habituales, lógicos y previsibles en cualquier paciente que hubiera sufrido una lesión similar.

Quedando como secuelas permanentes un total de 21 puntos consistentes en síndrome residual postalgodistrofia de tobillo, artrosis postraumática en tobillo y artrodesis tibioperoneal distal las cuales derivaron en una incapacidad permanente total para la actividad laboral habitual de vigilante de comedor escolar, que fue reconocida por el tribunal EVI y notificada a la paciente en Resolución del INSS.

En base a lo anterior sale la siguiente cantidad desglosado de la siguiente forma:

DÍAS:

• Durante la estancia hospitalaria: 17 días a razón de 71,84 €/ día = 1.221,28 €

• Sin estancia hospitalaria:

- Impeditivo 834 días a razón de 58,41 €/ día = 48.713,94 €

- No Impeditivo 100 días a razón de 31,43 €/ día = 3.143 €

SECUELAS FUNCIONALES:

- Síndrome residual postalgodistrofia de tobillo: 7 puntos.
- Artrosis postraumática tobillo que incluye las limitaciones funcionales y el dolor: 8 puntos.
- Artrodesis tibio-peroneal distal. 6 puntos.

APLICACIÓN DE FÓRMULA DE INCAPACIDADES CONCURRENTES: 20 PTOS (Edad de la perjudicada 26 años) = 1.258,60 €.

TABLA V.

- Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes
    - Perjuicios económicos Ingresos netos de la víctima por trabajo personal
- Hasta 28.758,81 euros      10%
- =      125,86 €

TABLA IV.

- Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima: Permanente total:

Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad=      95.862,67 €

Además se ocasionó perjuicio patrimonial en cuanto a la utilización de taxis para desplazarse a los centros médicos, consultas de traumatología, cancelación de un viaje que tenía programado y coste del informe pericial lo cual asciende a la cantidad de 1.289,21 € como se refleja en el documento que se aporta como documento nº 6.

TOTAL: 151.614,56 €.

(Cuantía calculada aplicando analógicamente el Baremo de la Tabla IV del Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal) .

**SEGUNDO.** - “ASEPEYO”, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 151, parte demandada en

este recurso, se opone a la prosperabilidad del mismo , negando la infracción de la lex artis , afirmando que se han seguido todos los protocolos para prevenir la lesión y que las complicaciones inherentes a la misma, y el resultado de una curación que no ha sido ad integrum, no es en absoluto imputable a una mala praxis médica, pues no en todos los casos es posible la curación total, lo que no acarrea infracción de la lex artis, pues en este tipo de lesiones causadas por traumatismo de envergadura como es un atropello, es habitual que queden secuelas consistentes en cierta restricción de la movilidad, independientemente del tratamiento efectuado.

Aporta con el escrito de contestación a la demanda informe pericial médico elaborado a sus instancias por el Dr. Don [REDACTED] (Licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad de Zaragoza, Perit d'Assegurances diplomado por la Generalitat de Catalunya según el Decret 218/2002, Perito de Seguros Médicos acreditado por la Dirección General de Seguros con el número 211, Master Universitario en Valoración del Daño Corporal por la Universidad Rovira i Virgili, Miembro de las Sociedades Española y Catalana de Valoración del Daño Corporal, Miembro de APCAS (Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías) y con ejercicio profesional en la provincia de Tarragona con el número de colegiado [REDACTED]) que analiza la fractura de Tillauxlaxis, y el implante ZIP TIGHT, como tratamiento adecuado , expresando que es un sistema de fijación para cierre de sindesmosis, con tecnología ZipLoop, proporcionando fuerza, resistencia y evitando deslizamiento, estando específicamente indicado para la “ Fijación en la reducción de la sindesmosis de tobillo” , impugnando el informe pericial aportado por la recurrente por carecer del rigor exigible, alegando que dicho informe modifica uno anterior del mismo doctor, en el sentido de reconocer que existen los preceptivos consentimientos informados para las intervenciones realizadas.

Considera que el citado informe pericial está plagado de imprecisiones, niega la existencia de error de diagnóstico por no realizar un TAC, ya que el TAC se le efectuó en el Hospital Puerta de Hierro, realizándole radiografía en el Hospital de Asepeyo con fecha 15 de Noviembre de 2013 en que se aprecia un aumento significativo del espacio tibio peroneo distal (sin desplazamiento óseo) que indica

rotura de ligamento tibio peroneo antero-inferior (sindesmosis), por lo que con una imagen tan clara como la de la RX no precisaba más estudio; desde la primera visita se confirma la fractura de Tillaux, se observa diástasis de la sindesmosis y la primera elección es la reparación quirúrgica; mutua Asepeyo revisó las pruebas de imagen realizadas en el hospital Puerta de Hierro y confirmó el diagnóstico y pauta el tratamiento oportuno, existiendo una reducción y osteosíntesis precoz ; reconoce que la paciente tuvo evolución tórpida, pero considera que ello no es consecuencia de una mala praxis, ya que la respuesta fisiológica de cada paciente es diferente, se aprecia en el expediente administrativo como se efectúa un seguimiento continuo y estrecho a la paciente a partir de la intervención quirúrgica, y como se ponen todos los medios para obtener una curación ad integrum, que desgraciadamente en este caso no se ha conseguido.

Acepta que ,como expresa el informe pericial emitido por el Dr. Don [REDACTED], en la literatura están publicados muchísimos casos en los que ,cuando exista separación de fragmento , el tratamiento es la reducción abierta o percutánea más estabilización con agujas o tornillos, pero no era el caso , ya que en este caso tenía la lesión ligamentosa por lo que se intervino quirúrgicamente, y que en el TAC y en la RX y en el acto quirúrgico inicial se apreció perfecta colocación del fragmento.

En relación al daño causado y el quantum indemnizatorio solicitado se niega la causación del daño y la procedencia de indemnización

Subsidiariamente, considera que por lo que respecta a la incapacidad temporal debería tomarse en consideración que el tiempo máximo de incapacidad laboral transitoria es de 18 meses, 548 días, menos 17 días de hospitalización, 531 días improductivos y que de los 531 días improductivos deberíamos igualmente restar 120 días, que se corresponderían con el periodo de baja de la primera intervención quirúrgica, y que en todo caso habría que haber tenido que incurrir la demandante, por lo que obtenemos finalmente 411 días.

Respecto a la secuela alega que ,aún en el supuesto de haber curado con la primera intervención, le hubieran quedado secuelas. En todo caso, nos encontramos con una artrodesis tibio tarsiana en posición funcional, reflejada en el Baremo en el Capítulo E) extremidad inferior, punto 7 tobillo, con el código 16209,

valorada en 12 puntos, al que corresponden según la edad de la demandante 28 años, 12 puntos con 28 años, 12.699,02 €. Impugnando el informe pericial aportado de contrario, ya que desglosa varias secuelas en el tobillo que en realidad están englobadas en sólo una de ellas, artrodesis tibio tarsiana y finalmente discrepa del quantum indemnizatorio que se interesa por incapacidad permanente total para el trabajo habitual, por la que se solicita por medio de la demanda la cifra de 95.862,67 €, sin efectuar ningún cálculo, ni descontar las pensiones que percibe la demandante como señala el Baremo, ignorando las cuantías, lo que alega le ocasiona una clara indefensión.

Por lo que atendiendo a la tabla 2, entiende más procedente fijar en 40.000,00 €, la indemnización por esta partida.

Aclarando que la impugnación a la reclamación y la correcta cuantificación, se realiza dentro del marco de defensa integral de todas las cuestiones sometidas a debate en el procedimiento, reiterando que no por ello se reconoce una mala praxis médica.

**TERCERO.** - En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común( actual art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) , los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los

siguientes: a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En este caso, no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente, es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Por eso, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Así, este Tribunal ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo

ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra ( Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

**CUARTO.-** En lo que se refiere a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: "...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido "(cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la "lex artis ad hoc".

En consecuencia, lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria "es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" ( STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es

decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia ( SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

En el caso que nos ocupa la controversia se plantea en torno a la existencia de un error de diagnóstico así como, consecuentemente, la instauración de un tratamiento inadecuado, por lo que no está de más recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 noviembre 2000, según la cual " Un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica, así como el saber experimental que posea el médico actuante, permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la

actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado, la certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano".

La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.

El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica. Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible.

**QUINTO.** - Un aspecto relevante en materia de responsabilidad médica es la forma en que los tribunales valoran las pruebas practicadas en el procedimiento teniendo en cuenta que nuestro derecho les concede un amplio margen de libertad para valorar el acervo probatorio. La valoración se deja al prudente criterio del juzgador que debe ajustarse en definitiva a las más elementales directrices de la lógica humana o, como dice el artículo 348 de la LEC, a las reglas de la sana crítica.

La prueba pericial, así como las declaraciones de los especialistas llamados al proceso, aunque no son vinculantes, están dedicadas a complementar los conocimientos del tribunal en el momento de adoptar la decisión cuyos fundamentos, por sus contenidos técnicos, hacen necesaria la ayuda de un experto en las materias científicas que pueden presentarse. En aquellas controversias jurídicas en donde aparece un presupuesto fáctico con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintos criterios de especialistas, es cuando la función interpretativa del tribunal se pone a prueba con el fin de discernir la posible existencia de los requisitos legales que habilitan la declaración de responsabilidad patrimonial, lo que resulta especialmente complicado cuando en los diversos informes periciales se alcanzan conclusiones contradictorias.

En estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen.

Además de los dictámenes obrantes en autos, se erige en elemento probatorio el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial y que se recogen en la historia clínica, así como los protocolos y las guías médicas

**SEXTO.** - Obran en las actuaciones que componen el expediente administrativo, la reclamación realizada por la actora en vía administrativa, la

historia clínica del paciente, las pruebas e intervenciones realizadas, habiéndose aportado al procedimiento por las partes sendos informes periciales realizados por el Dr. Don [REDACTED] ( recurrente) y por Don [REDACTED] ( demandada) .

La cuestión central a dilucidar en esta litis consiste en determinar si ha existido un error de diagnóstico por parte de ASEPEYO por no comprobar las pruebas diagnósticas y las imágenes de los estudios realizados en el Hospital Puerta de Hierro , ni haber realizado un nuevo estudio para comprobar si el tratamiento ortopédico era el correcto y ,como consecuencia de ello, también un error terapéutico como sostiene la parte recurrente con fundamento en el informe pericial emitido por el perito Don [REDACTED], o si , por el contrario, el diagnóstico y el consecuente tratamiento fueron correctos como sostiene ASEPEYO y el perito designado a su instancia Don [REDACTED] .

El perito Don [REDACTED], tras realizar el reconocimiento de Doña [REDACTED] ,revisar el historial clínico aportado de los centros donde ha recibido la asistencia sanitaria, así como la valoración de la praxis médica realizada en ese caso concreto, la existencia de negligencia médica y de daños, considera que ha existido una acción u omisión del sanitario no ajustada a la lex artis ad hoc, que existe daño objetivo y real en la persona reconocida, que el daño y perjuicio apreciado es compatible con la asistencia recibida, que el diagnóstico del daño y perjuicio apreciado ha de considerarse de certeza por disponer de suficientes elementos de juicio para emitirlo, que existe nexo de causalidad entre el daño o lesión detectada y los actos sanitarios realizados y que las secuelas descritas están suficientemente acreditadas.

El perito, en su informe aportado con el escrito de demanda y ratificado y aclarado en periodo probatorio, considera, en síntesis, que existió un error de diagnóstico por parte de Asepeyo por entender desde un primer momento que la fractura sufrida por la recurrente era cerrada, no desplazada, lo que no fue así, pudiéndose comprobar en las imágenes del primer TAC realizado en fecha 30/10/13 en el Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda la existencia de una fractura con desplazamiento de fragmentos, siendo así que cuando existe desplazamiento de los fragmentos óseos ,según la guía de actuación de la SECOT,

el tratamiento adecuado y necesario al caso sería la cirugía reducción cerrada con ayuda de aguja percutánea y posterior síntesis con tornillo canulado o la reducción abierta y fijación con tornillos de esponjosa a través de un abordaje anterolateral; tratamiento que en este caso no se realizó , existiendo también un error terapéutico por el error de diagnóstico, pues el tratamiento inicial realizado no fue el adecuado al caso concreto ( implante Zip Tight de Biomed) , no reconociéndose hasta el mes de marzo de 2014 por parte de los servicios sanitarios que el tratamiento realizado había sido erróneo y había ocasionado secuelas graves en la paciente, siendo en fecha 10-03-14 cuando se le retira el fragmento óseo volteado que ya estaba desplazado según se vio en el TAC realizado el mismo día de 30/10/13 del accidente en el hospital Puerta de Hierro, realizándose una osteosíntesis con tornillos transindesmales, y ,con posterioridad, varios actos quirúrgicos siendo el ultimo la artrodesis o fijación permanente de la articulación del tobillo que aparte de impedir movilizar el tobillo derecho tampoco consigue mejorar los dolores que sufría la paciente, siendo el error de diagnóstico y de tratamiento lo que determinó la aparición de las secuelas.

El perito Don [REDACTED] ,en informe pericial aportado al escrito de contestación a la demanda y también ratificado y aclarado – como el anterior- en periodo probatorio, niega la existencia de error de diagnóstico y de tratamiento; sostiene que la mutua Asepeyo revisó las pruebas de imagen realizadas en el Hospital Puerta de Hierro ,confirmó el diagnóstico y pautó el tratamiento oportuno con el implante ZipTight que es un sistema de fijación para cierre de sindesmosis, con tecnología ZipLoop proporcionando fuerza, resistencia y evitando deslizamiento, indicado para la fijación en la reducción de la sindesmosis de tobillo, tratamiento que fue realizado de forma precoz , siendo visitado el paciente el 05/11/13 en el hospital de Coslada , realizándose la cirugía el 08/11/13 (a los 3 días), con reducción de la sindesmosis y osteosíntesis con dos placas corticales en tibia y peroné, realizándose la reducción, la osteosíntesis y la colocación del implante para fijar la sindesmosis, principal problema de este tipo de fractura, sin que en ningún caso aparecieran patologías nuevas o no diagnosticadas, ni un cuadro clínico diferente del dolor severo persistente desde el principio, considerando que todas las complicaciones de la paciente han sido

debidas a falta de respuesta al tratamiento con un dolor severo persistente que no ha cedido en ningún momento, siendo correctos el diagnóstico inicial y el tratamiento precoz.

El perito en las aclaraciones solicitadas en el acto de la vista negó que existiera desplazamiento de tibia, manifestando que lo que había era sindesmosis , cuya apertura fue reducida y fijada en la primera intervención , no figurando en los informes médicos del primer TAC realizado en fecha 30/10/13 en el Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda el fragmento, fragmento que alega no podía existir desde un principio , pudiendo haberse soltado y aparecido con posterioridad , habiendo tenido desde un primer momento la paciente una evolución tórpida de la lesión.

Del examen de ambas pruebas periciales resulta que la discrepancia fundamental se encuentra realmente en si existió o no un error de diagnóstico, ya que ello es lo que motivaría la existencia de un error en el tratamiento, no habiéndose reamente cuestionado que si realmente la fractura fue cerrada sin desplazamiento de fragmentos el tratamiento seguido por ASEPEYO con el implante ZipTight no fuera el adecuado y que si el desplazamiento hubiera existido el tratamiento hubiera tenido que ser otro.

En relación a tal cuestión, ambos informes periciales son totalmente contradictorios , ahora bien, existen a juicio de la Sala dos datos objetivos que confirman el informe pericial del perito Don [REDACTED] y la tesis de la parte recurrente, y que determinan que debemos de valorar y aceptar dicho informe pericial sobre el realizado por el Dr. [REDACTED], siendo el primer dato que en la intervención realizada el día 10 de marzo de 2014 resulta que realmente existe un “fragmento canto anteroexterno tibial (tillaux) ligeramente volteado que no permite encierre correcto de la sindesmosis “ que es reseado en tal intervención y tras retirar el implante Zip Tight se estabiliza con dos tornillos transindesmales de 4 mm y el segundo dato ,de suma importancia, que la recurrente desde su reclamación en vía administrativa ha venido afirmando y aportando como imágenes 2, 3 y 4 del informe pericial de Don [REDACTED], las imágenes correspondientes al TAC realizado en fecha 30/10/2013 por el Hospital Puerta de Hierro en que se aprecia la separación de los fragmentos de la fractura de tibia

producida por el accidente sufrido por la recurrente, imágenes que nunca han sido negadas ni cuestionadas por ASEPEYO , por ello aunque se aceptara que contando ASEPEYO – como sostiene- con un TAC realizado en el Hospital Puerta de Hierro el mismo día del accidente y considerara por ello innecesaria la realización de otro TAC , es lo cierto que tal TAC debió de haber sido valorado por ASEPEYO para saber con certeza como estaba la fractura y poder aplicar el tratamiento adecuado en su caso , ya que el Hospital Puerta de Hierro donde fue llevada la recurrente de urgencias en un primer momento la remitió a ASEPEYO para valorar el tratamiento definitivo.

**SEPTIMO.** - Sentado lo anterior, hemos de entender conforme entiende la parte recurrente y el perito Don ██████████ que existió un error de diagnóstico imputable a ASEPEYO al no diagnosticar que se trataba de una fractura con desplazamiento de fragmentos , lo que motivó un error terapéutico al indicarse un tratamiento no adecuado, lo que supuso un funcionamiento anormal del servicio que ha producido un daño en la paciente existiendo nexo de causalidad entre el daño y lesión detectada y los actos sanitarios realizados a consecuencia del error de diagnóstico y de tratamiento , sosteniendo el perito Dr. ██████ que en casos similares al presente de fractura de tibia, con la misma fractura e incluso con mayor separación de fragmentos , en el que se realiza el diagnóstico adecuado y el correcto tratamiento quirúrgico , a las seis semanas el paciente deambulaba sin limitación reincorporándose a su trabajo habitual y a los 18 meses únicamente tenía secuelas residuales , que no limitaban sus actividades diarias ni laborales , no siendo las complicaciones surgidas en la evolución de las lesiones de la recurrente un riesgo típico ni lógico cuando el tratamiento se hace de forma correcta , así como que la recurrente con un adecuado diagnóstico y tratamiento quirúrgico hubiera evolucionado de forma favorable hacia la estabilización lesional con secuelas residuales no invalidantes.

Consideramos que no puede imputarse al informe pericial realizado por Don ██████████ falta de rigor por el hecho de que inicialmente en el informe aportado en vía administrativa y con el escrito de interposición del recurso se expresara que la paciente no había sido informada adecuadamente , no

constando en la historia clínica aportada al perito los consentimientos informados escritos correspondientes a los actos quirúrgicos realizados por Asepeyo , toda vez que el perito ya explicó en el acto de ratificación que fue la paciente quien le manifestó que no había sido informada y por ello lo hizo constar así, extremo que rectifica en el informe aportado con el escrito de demanda al comprobar la existencia de los documentos que reflejan los consentimientos en el expediente administrativo .

**OCTAVO.** – En relación a los daños y perjuicios sufridos, el perito por Don [REDACTED], tras explorar a la paciente y examinar la historia clínica , considera que el periodo de tiempo necesario para alcanzar la estabilización de las lesiones ha de considerarse hasta el 6 junio de 2016, en el informe emitido por médico especialista de Asepeyo Dr. [REDACTED] se especifica que las posibilidades de mejoría están agotadas , por lo que tardó en alcanzar la estabilización de las lesiones y secuelas: 951 días , de los que 17 fueron días impeditivos para su ocupación-actividad habitual con hospitalización y 934 fueron días impeditivos para su ocupación-actividad habitual sin hospitalización, considerando que de estos últimos habría que descontar 100 días que habrían sido los días impeditivos habituales, lógicos y previsibles que hubiera estado impedido cualquier paciente si se hubiera realizado desde un primer momento el diagnóstico y tratamiento médico adecuado a la recurrente , plazo normal de estabilización de la lesión en circunstancias normales que extrae de las estadísticas del INSS.

En relación a la secuelas, el perito únicamente ha tenido en cuenta las que sobrepasan las habituales, previsibles y lógicas que se hubieran producido en cualquier paciente que sufriera una lesión similar y que hubiera recibido una asistencia sanitaria adecuada y correcta al caso concreto, en base a ello se excluyen de ser consideradas secuelas derivadas de la mala actuación sanitaria el material de osteosíntesis, el perjuicio estético y una pequeña limitación de movilidad del tobillo que no ocasionan impedimento físico, secuelas que considera serían debidas por sí mismo a la lesión inicial y aparecerían en todos los casos de pacientes, aunque hubieren sido atendidos sanitariamente de forma correcta, por lo que no las incluye en su valoración ; considerando por el contrario que sí

corresponderían a las derivadas de una mala evolución de las lesiones por una mala praxis sanitaria las siguientes secuelas con la siguiente puntuación orientativa :

- Síndrome residual postalgodistrofia del tobillo 7 puntos
- Artrosis postraumática tobillo que incluye las limitaciones funcionales y el dolor 8 puntos
- Artrodesis tibio- peroneal distal 6 puntos

Habiéndose derivado de tales secuelas la incapacidad permanente total para la actividad laboral habitual de vigilante de comedor ya reconocida por el EVI .

El perito ha insistido en el acto de ratificación en que de haberse realizado un diagnóstico y un tratamiento correcto no hubieran quedado secuelas invalidantes , así como que las 3 secuelas que describe no se pueden subsumir en una como pretende ASEPEYO , que la artrodesis no hubiera sido necesaria.

ASEPEYO opone , en cuanto a la incapacidad temporal, que debería de tomarse en consideración que el tiempo máximo de incapacidad laboral transitoria es de 18 meses, 548 días, menos 17 de hospitalización, 531 días improductivos, de los que deberían de restarse 120 días, que se corresponderían con el periodo de baja de la primera intervención quirúrgica, y que en todo caso habría que haber tenido que incurrir la demanda, por lo que obtenemos finalmente 411 días. Planteamiento que no compartimos ya que la indemnización se calcula en base al tiempo necesario para la curación, no debiendo de confundirse la baja laboral con la baja médica, por lo que la indemnización reclamada por días será la solicitada por la recurrente si bien sin la indemnización solicitada por los 100 días no improductivos ( 3.143 euros) que el perito entiende han de ser excluidos en todo caso , es decir 49.935,22 euros.

Se conceden las cantidades solicitadas en la demanda en concepto de secuelas al rechazarse la oposición de ASEPEYO de que las tres secuelas pueden ser subsumidas en una , por lo que se concede por tal concepto la cantidad de 1.258,60 euros reclamada por la recurrente; asimismo se accede a la concesión de la cantidad de 125,86 euros como factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, al haberse aplicado el porcentaje sobre la cantidad mínima de ingresos contemplada en la tabla e incluyéndose en este

apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos; no se acede sin embargo al abono de la cantidad de 95.862,67 euros , tabla IV , lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima , ya que se solicita la cantidad máxima , ya que la incapacidad lo es para la ocupación o actividad habitual , no constando lo sea para la realización de cualquier ocupación o actividad, y cantidad que entendemos ha de moderarse puesto que como alega ASEPEYO tal cantidad se reclama en la demanda sin justificar las razones por las que se solicita tal cantidad máxima , puesto que la Tabla IV no contempla una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, y el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima en función de los hechos probados ( SSTS de 16 de marzo de 2010, [RC n.º 504/2006 ], 5 de mayo de 2010, [RC n.º 556/2006 ]; 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008 ])", la ponderación exige tener como criterios la edad del lesionado, importancia de las limitaciones (incrementándose la indemnización cuanto más se acerquen las secuelas a una situación de invalidez absoluta), pérdida de ingresos que supone la imposibilidad de trabajar, esperanza media de vida, etcétera , siendo así que en este caso no apreciamos que las secuelas padecidas por la recurrente sean de gran entidad , así como tampoco la limitación de la movilidad que es del 30 % en el tobillo derecho , con un patrón de marcha del 91-93 % ) , así como tampoco nada se ha alegado ni acreditado sobre la cuantía de los ingresos que percibía la recurrente en la realización del que era su trabajo habitual ni cuales eran los que en función de la actividad que pudiera realizar podría percibir a lo largo de su vida laboral , ni cual es la pensión concedida en orden a valorar la pérdida de ingresos, situación en la que consideramos que la cantidad solicitada ha de ser modulada a 50.000 euros , teniendo en cuenta la edad de la perjudicada que sí es una persona joven de 26 años.

Se concede la cantidad de 1.289,21 euros en concepto de otros gastos solicitados que no ha sido impugnada por la parte demandada.

Procediendo, en consecuencia, indemnizar a la demandante en la cantidad de 102.608,89 euros (seuo)

**NOVENO.** - De conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA dada la estimación parcial que se realiza de las pretensiones del recurrente no se realiza condena en costas.

**VISTOS** los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Don [REDACTED], actuando en representación de Doña [REDACTED] contra la desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, anulamos parcialmente la Resolución recurrida, acordando indemnizar a la demandante en la cantidad de 102.608,89 euros (seuo) más los intereses legales desde la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración, sin expresa imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº

██████████ (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso- Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº ██████████ (IBAN ██████████) y se consignará el número de cuenta expediente ██████████ en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.