



Roj: **STSJ CL 4653/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:4653**

Id Cendoj: **09059330022022100255**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **18/11/2022**

Nº de Recurso: **27/2021**

Nº de Resolución: **252/2022**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA CONCEPCION GARCIA VICARIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA Y LEON CON/AD SEC.2

BURGOS

SENTENCIA: 00252/2022

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCIÓN 2ª

Presidente/allma. Sra. Dª. Concepción García Vicario

Sentencia Nº : 252/2022

Fecha Sentencia : 18/11/2022

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Recurso Nº : 27/2021

Ponente Dª. Concepción García Vicario

Letrado de la Administración de Justicia: Sra. Rodríguez Vázquez

SENTENCIA Nº. 252/2022

Ilmos. Sres.:

Dª. Concepción García Vicario

Dª. M. Begoña González García

D. Alejandro Valentín Sastre

En la Ciudad de Burgos a dieciocho de noviembre de dos mil veintidós.

En el recurso contencioso administrativo número **27/2021** interpuesto por Doña Enma , representada por la Procuradora Dña. Inmaculada Pérez Rey y defendida por el Letrado D. Marcos Sánchez Lafont, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 7 de octubre de 2020 de FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 61, desestimatoria de la reclamación formulada por la recurrente el 28-9-2020 en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la defectuosa prestación de asistencia sanitaria con motivo del accidente laboral sufrido el día 18 de marzo de 2019.



Ha comparecido como parte demandada FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social N° 61, representada por el Procurador D. Andrés Jalón Pereda y asistida del Letrado D. Luis Arribas Jorge.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala el 9 de febrero de 2021 .

Admitido a trámite el recurso y aceptada la competencia de esta Sala y no habiéndose solicitado el anuncio de la interposición del recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 20-9-2021 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que "...se declare responsable de los daños y perjuicios causados a mi mandante a la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 61, FREMAP, condenando a la misma a que indemnice a la actora con la cantidad de 27.441,49 €, cantidad que deberá ser oportunamente actualizada de conformidad con el IPC, más los intereses legales correspondientes, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada ".

SEGUNDO .-Recibidas las actuaciones y aceptada la competencia, se confirió traslado de la demanda por termino legal a la Mutua demandada quien contestó a la demanda a medio de escrito de 25-10-2021 oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo basándose en los fundamentos jurídicos que aduce.

TERCERO -Una vez dictado Decreto de fijación de cuantía y habiéndose recibido el recurso a prueba, se practicó la misma con el resultado que obra en autos y fueron evacuados los respectivos escritos de conclusiones, quedando los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día **17 de noviembre de 2022** para votación y fallo, lo que se efectuó.

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Concepción García Vicario, Presidenta de la Sala y Sección, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Resolución impugnada y posiciones de las partes.

Constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional, la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto por D^a Enma , contra la Resolución de 7 de octubre de 2020 de FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social N° 61, desestimatoria de la reclamación formulada por la recurrente el 28-9-2020 en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la defectuosa prestación de asistencia sanitaria con motivo del accidente laboral sufrido el día 18 de marzo de 2019.

La actora, tras recoger en su demanda los hechos y las circunstancias concurrentes en el accidente laboral acaecido, sostiene que concurre responsabilidad sanitaria por parte de la Mutua demandada, ya que desde el principio el personal médico de la entidad no diagnosticó correctamente la lesión sufrida, y por ello, prescribió un tratamiento muy agresivo e inadecuado, que en vez de paliar los dolores y ayudar a mejorar la lesión, aumentaron los primeros y agravaron la segunda. Y en vez de buscar una solución a la agonía que sufría la Sra. Enma , optaron por darle el alta médica, sin realizar más pruebas diagnósticas, como una resonancia magnética que hubiese permitido identificar el origen de la lesión y encontrar el tratamiento adecuado y correcto para tratar la misma, no habiéndose impedido que la movilidad de su cadera izquierda quedara seriamente alterada , concluyendo que concurren los requisitos exigidos para apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial, interesando por ello se condene a la demandada a indemnizar a la actora en 27.441,49 €, cantidad que deberá ser oportunamente actualizada conforme al IPC, más los intereses legales correspondientes.

Tales pretensiones son rebatidas puntual y detalladamente de contrario, interesándose la desestimación del recurso, por entender que el derecho a reclamar ha prescrito al transcurrir con exceso el plazo de un año legalmente establecido, alegando que las pruebas practicadas en autos evidencian que no existe relación de causalidad, ni infracción de la lex artis que fundamente la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada, concluyendo que la asistencia prestada por FREMAP fue correcta, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Hechos de los que trae causa la resolución impugnada.

Del expediente administrativo y pruebas practicadas en el proceso se desprenden los siguientes elementos fácticos relevantes:

1.- D^a Enma , de profesión instaladora publicitaria, fue diagnosticada de condromalacia rotuliana avanzada bilateral, siguiendo tratamiento en el Servicio de Traumatología de la Seguridad Social con el Dr. Jesús Ángel desde el año 2008, con infiltraciones periódicas.

2.- El día 18 de marzo de 2019, cuando contaba 34 años de edad, sufrió un accidente de trabajo mientras colocaba unos vinilos en una Farmacia , cuando al bajarse de la escalera notó un chasquido o tirón provocando dolores desde la rodilla hasta la cadera en la pierna izquierda . No se produjo ninguna caída ni contusión.

3.- Al día siguiente , fue examinada en el Centro Asistencial de FREMAP por el Doctor Agustín , que apreció " **dolor** en la cintilla iliotibial , dolor sobre el vasto externo y tensor de la fascia lata tras chasquido referido en el día de ayer. Presenta dolor en trocánter mayor izquierdo y sobre todo en tercio distal del vasto externo. El dolor empeora en rotación interna". Se diagnosticó " **rotura de fibras musculares** ", solicitándose estudio ecográfico de cadera, pautando tratamiento médico con ibuprofeno, diazepam y omeprazol, emitiéndose parte de baja con fecha 18-03-19.

4.- El día 26-03-19, tras la realización del estudio ecográfico en el Hospital Recoletas, la Dra. Tarsila recogió en su informe - en lo que aquí interesa - " Pequeño **foco de calcificación** poco denso de aprox. 4,3 mm en la inserción del tendón del glúteo menor en trocánter mayor, refiriendo la paciente dolor en la presión en esa zona, siendo el tendón de características ecográficas normales. ...Ligero engrosamiento de la inserción iliaca de la fascia lata, no dolorosa a la presión... **pequeño derrame articular** en el receso coxofemoral anterior... **pequeños focos de entesopatía calcificante** en la inserción del tendón directo del recto femoral EIAI (la mayor aproximadamente de 6 mm.) no doloroso a la presión", estableciéndose como conclusión, " **entesitis de los isquiotibiales y de los aductores** , no se aprecian alteraciones en estructuras osteomusculares de la pierna".

5.- Revisada por el Servicio de la Mutua el día 02.04.2019, el Dr. Agustín transcribe " **p persistencia del dolor en la zona femoral distal y zona de los isquiotibiales**" remitiéndole a Rehabilitación.

6.- El día 4 de abril de 2019 comenzó rehabilitación, con infrarojos, interferenciales, fisioterapia manual, estiramientos, ultrasonidos y crioterapia.

7.- Revisada nuevamente por el Servicio de la Mutua el día 26.04.2019, el Dr. Agustín recoge " **equimosis en la cara anterior de la rótula**, aunque no traumatismo (aspecto postraumático).Puntos trigger de dolor en varios puntos de la extremidad inferior izqda: ciático, gemelo interno, inserción superior, trocánter mayor, aductores, con mejora del dolor en región del biceps femoral. **Evolución extraña en cuanto a presentación de síntomas, no siendo sugerente de patología osteomuscular concreta**"

8.- Con fecha 2 de mayo de 2019 se realizó estudio ecográfico doble de muslo y pierna, en la que se aprecia entesitis de isquiotibiales y aductores, sin otras alteraciones.

9.- El día 9 de mayo de 2019, fue revisada por la Dra. Adelaida de FREMAP, que tras la exploración recoge dolor a la abducción de EI con flexoextensión completa, también presenta dolor a la presión en zonas interseccionales, prescribiendo antiinflamatorios y seguir con rehabilitación.

El día 22 de mayo, fue revisada nuevamente por la Doctora Adelaida , quién hizo constar "... normalización completa de musculatura y afectación a nivel de isquiotibiales y gemelo interno recogido por evolutivo de fisioterapia . En EF hoy en consulta deambulación es normal sin limitaciones y la exploración de flexo extensión y aducción de cadera también se ha normalizado...", emitiéndose con esa misma fecha alta médica.

10.- La recurrente presentó al INSS solicitud de revisión del alta médica por contingencias profesionales emitido por la Mutua Fremap, alegando que " sigo con dolores, que no me han examinado y las pruebas que me han hecho no son suficientes y no estoy de acuerdo con el alta médica, ya que me dicen que no ven que recupere con la rehabilitación, pero no me hacen más pruebas" .

Valorada dicha alta por el INSS, confirmó su validez con fecha 11 de junio de 2019, haciendo constar "que en base a los antecedentes existentes y al informe preceptivo de equipo de valoración de incapacidades, esta Dirección Provincial ha resuelto determinar que la fecha de efectos del es de 11-06-19, no siendo coincidente con la fecha del alta médica expedida por la mutua. A partir de la misma se considerará extinguido el proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales". Dicha resolución devino firme.



11.- Días más tarde, concretamente con fecha 20-06-2019, causó baja médica por enfermedad común, por condromalacia rotuliana grado II, recibiendo el alta médica por la propuesta de resolución, emitida por el INSS el día 21-07-20, tras el agotamiento del plazo de la baja de un año.

12.- Durante este período de baja, al persistir las molestias, con fecha 23 de octubre de 2019 se le realizó estudio por Resonancia Magnética, en el Servicio de Radiología del HUBU, de la cadera izquierda, apreciando "ligeros signos de tendinopatía insercional pubiana del tendón **aductor largo** izqdo con **pequeña rotura parcial** de la inserción pubiana de aproximadamente 2*1 mm, **pequeña rotura no desplazada de la unión condrolabral anterosuperior**, sin otras alteraciones labrocapsulares ligamentosas de la cadera".

El mismo día, se la realizó, otra RM de la rodilla izquierda comparándola con las previas realizadas el 29-01-16, donde se estableció, "condromalacia rotuliana grado d(fricción crónica del tendón rotuliano cóndilo femoral lateral), **similar a previo**, bursitis del semimembranoso"

13.- Con posterioridad al alta del INSS, acudió a la consulta del Traumatólogo Dr. Germán, el día 11-08- 2020, por presentar "...dolor en la cara posterior del muslo izqdo, también en cara interna y región inguinal, **limitación a flexión y rotaciones de cadera, dolor a la palpación en región isquiática, limitación a la extensión con dolor en zona posterior e interna de tercio inferior de muslo**", siendo diagnosticada de "tendinopatía isquiotibiales, tendinopatía calcificante en gluteo, pubalgia y **lesión labrum cadera izqda.**", prescribiendo como tratamiento realizar bloqueos ecoguiados en zona patológica

14.- Con fecha 28 de septiembre de 2020 formuló solicitud a FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 61, en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la defectuosa prestación de asistencia sanitaria con motivo del accidente laboral sufrido el día 18 de marzo de 2019.

Dicha solicitud fue desestimada expresamente mediante Resolución de 7 de octubre de 2020, interponiéndose contra la misma recurso de reposición, y no resuelto éste dentro del plazo establecido al efecto, se interpuso con fecha 09-02- 2021 el presente recurso jurisdiccional.

15.- Significar que consta en autos que con posterioridad a estos hechos, fue examinada por la Dra. Felicidad el día 17-03-2021 en el Servicio de Rehabilitación del HUBU, donde se trasciben los estudios previos de la RM de cadera y rodilla izquierda ya referidos, aconsejando rehabilitación.

TERCERO.- Sobre la no concurrencia de la prescripción invocada.

Opone en primer término la representación procesal de la parte demandada la prescripción de la acción ejercitada, por cuanto el accidente laboral es de fecha 18 de marzo de 2019 y la recurrente curó de sus lesiones en fecha 22 de mayo de 2019, o en fecha 11 de junio de 2019 - fecha en la que se dicta resolución por el INSS, en la que se declaró a D^a Enma en situación de alta médica con efectos de ese día; resolución que no fue recurrida por la actora ante el Juzgado de lo Social correspondiente y que devino firme, por lo que estando acreditado que por las lesiones del accidente de trabajo curó en fecha 11 de junio de 2019, resulta claro que a la fecha en que presentó la reclamación administrativa el 28/09/2020 ante FREMAP, la acción estaba prescrita.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2013 (rec. 3087/2012) que aunque referida al art. 142.5 de la Ley 30/92, resulta plenamente aplicable a la vista de lo preceptuado en art. 67.1 de la Ley 39/2105, de 1 de octubre, con relación a esta cuestión:

"Respecto al cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones, por todas citaremos la Sentencia de 21 de junio de 2.007 donde se afirma que: "Se cuestiona en este recurso la determinación del dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción de un año, establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, según el cual el derecho a reclamar prescribe al año de la producción del hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Entiende la jurisprudencia (Ss. de 27 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987 y 4 de julio de 1990, que son citadas por la de 6 de julio de 1999) que es de aplicación el principio general de la «actio nata», que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, criterio recordado por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991 y en las anteriores de 5 de abril de 1989 y 19 de septiembre de 1989.

A tal efecto, como se indica en la sentencia de 11 de mayo de 2004, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio del 2002 y 10 de octubre del 2002, según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando



sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados "son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero de 1994, 26 de mayo de 1994 y 5 de octubre de 2000)".

Del mismo modo es de tener en cuenta lo que ha dicho el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias, por todas la de 28 de febrero de 2.007 en la que se señala: "El día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten."

En el presente caso, no podemos considerar como dies a quo, a efectos de iniciar el cómputo del plazo prescriptivo, el día 22 de mayo de 2019 (alta de la Mutua), ni el 11 de junio de 2019 (alta del INSS) como pretende la parte demandada, pues resulta obvio que en tales fechas no se había establecido todavía el alcance definitivo de los daños y perjuicios que se dicen sufridos como consecuencia del accidente laboral acaecido, para lo cual hubo de practicarse en Seguridad Social una resonancia magnética (RM) el día 23.10.2019, esto es, con posterioridad al alta de 11 de junio, momento en que pudo constatarse la existencia de las pequeñas roturas referidas en el punto 12 del precedente FJ, iniciándose así un tratamiento rehabilitador, siendo diagnosticada finalmente por el Dr. Germán el 11-08-2020 de "tendinopat ía isquiotibiales, tendinopatía calcificante en glúteo, pubalgia y lesión labrum cadera izqda", por lo que desde esta perspectiva, a la fecha de presentación de la solicitud de reclamación en vía administrativa el 28.09.2020, no habría transcurrido el plazo prescriptivo de un año legalmente previsto, y todo ello con independencia que no impugnase en su día la resolución del INSS que acordó el alta médica por enfermedad profesional, por cuanto estamos ante procesos distintos.

Nos encontramos por tanto ante unos daños continuados, que en palabras del Tribunal Supremo, se vinieron produciendo día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, habiendo sido necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo, por lo que preciso será concluir que no concurre la prescripción invocada.

A mayor abundamiento, recuérdese que el acto recurrido es la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto por la Sra. Enma contra la Resolución de 7 de octubre de 2020 que desestimó la reclamación formulada por la actora, sin que en dicha resolución expresa desestimatoria de la Mutua se apreciase prescripción alguna, pues la desestimación vino motivada por razones de fondo ante la falta de acreditación de mala praxis, por lo que no resulta admisible que ahora vaya contra sus propios actos.

Cuestión distinta es si el daño que se invoca como derivado de la asistencia médica es imputable a la actividad de dicha entidad, lo cual afecta al fondo del recurso, lo que será objeto de oportuno análisis.

CUARTO.- Elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial.

Planteados así términos del presente recurso, debemos partir de los presupuestos necesarios para apreciar la existencia o no de responsabilidad patrimonial, que, como recuerda la sentencia de 2 de diciembre de 2013 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, recaída en el recurso N° 788/10, son " *Con carácter general es necesario tener en cuenta (por todas, STS de 15 de enero de 2008) que "la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes*



requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexa causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexa causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

Ello no obstante, la STS de 17 de abril de 2007 señala que "Sobre la existencia de nexa causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir... la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convertida a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico... Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".

Más, específicamente, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS Sala 3ª, de 25 de abril , 3 y 13 de julio , 30 de octubre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 , ó 29 de junio de 2010) "que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Es igualmente constante jurisprudencia (Ss. 3-10-2000 , 21-12-2001 , 10-5-2005 y 16-5-2005 , entre otras muchas) que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 , por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 , señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexa causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la lex artis, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.



La STS de 10 de julio de 2012 reproduce dicha doctrina señalando que "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, más en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles", señalando la STS de 25 de febrero de 2009 que "Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable", o que "...ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar" (STS de 24 de mayo de 2011). La STS de 24 de mayo de 2011 recuerda, con cita de las Sentencias de 25 de febrero de 2009, 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, que " En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAP y PAC, con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar ".

QUINTO.- Sobre la carga de la prueba.

Asimismo, hemos de recordar la importancia que en esta materia tiene lo dispuesto en las leyes procesales respecto a la carga de la prueba, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante " la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda ", y corresponde al demandado " la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior ". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se " deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio ".

La Jurisprudencia (STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre, y 18 y 23 de diciembre de 2009, y las que en ellas se citan) han precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia médica, de forma que, no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa, si bien tales



exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo.

Pero una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la "lex artis", por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica, si bien no faltan sentencias en las que, sin excluir el principio de facilidad probatoria, se indica que la prueba de un mal uso de la "lex artis" corre a cargo de quien reclama, aunque en ellas se considera la prueba de presunciones como un medio idóneo de justificación de este mal uso, en concreto, cuando el daño sufrido por el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, en cuyo caso cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la "lex artis" (STS de 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004).

Y por ello incumbe a la parte actora acreditar la antijuricidad del daño, lo que lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las circunstancias del caso, los Servicios Públicos Sanitarios no adoptaron los medios a su alcance.

De otra parte, es claro que, si la demandada invocara la existencia de fuerza mayor o, en general, la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de su responsabilidad, es ella la que debe acreditar el hecho, para que tal causa de exoneración resulte operativa.

Finalmente , como es sabido, por haber sido reiterado en numerosas sentencias que se han dictado acerca de cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial sanitaria, resulta necesario acudir a los informes técnicos que suministran al Tribunal los conocimientos necesarios, de carácter técnico-médico, para resolver las cuestiones debatidas. Y, también es sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados. En estos casos, los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado.

SEXTO.- Título de imputación esgrimido.

Como hemos declarado reiteradamente, en las demandas de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas es de suma importancia la acotación del título de imputación, esto es, cual es el servicio público al que se imputa el daño y porqué se le imputa, precisando si ha funcionado de una forma normal o anormal y, en este último caso, en qué ha consistido esa anomalía.

La razón de ello es que el objeto del proceso no es declarar la responsabilidad patrimonial por cualquier causa que surja o pueda surgir en el devenir del recurso contencioso administrativo, sino en llegar al convencimiento de que el título que se alega ha resultado probado.

Centrándonos ya en el supuesto litigioso, la recurrente imputa a la demandada que los profesionales de la misma no diagnosticaron correctamente la lesión sufrida, prescribiéndole un tratamiento inadecuado y muy agresivo, que en vez de paliar los dolores y ayudar a mejorar la lesión, aumentaron los primeros y agravaron la segunda. Y en vez de completar el estudio y buscar una solución a la agonía que sufría la Sra. Enma , optaron por darle el alta médica, sin realizar más pruebas diagnósticas, como una resonancia magnética que hubiese permitido identificar el origen de la lesión y encontrar el tratamiento adecuado y correcto para tratar la misma, no habiéndose impedido que la movilidad de su cadera izquierda quedara seriamente alterada, manteniendo que concurre la relación de causalidad precisa entre tal actuación médica y el resultado lesivo sufrido, habiéndose producido una lesión desproporcionada y por tanto una serie de daños y perjuicios que no tenía que soportar, y que por ende han de ser objeto de oportuna indemnización.

Como recuerda la sentencia de la Sala homónima de Valladolid de 15 de diciembre de 2014 (Rec. 1708/11) con carácter general hemos de poner de manifiesto la improcedencia de reproches asistenciales que se fundan en el análisis retrospectivo de la asistencia médica a partir del resultado luego conocido, incurriendo así en la prohibición de regreso a la que esa Sala se ha referido en varias ocasiones -por todas, Sentencia de 22 de noviembre de 2013, recurso 741/2010 - doctrina en cuya virtud debemos tener en cuenta que en sede de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria no es factible cuestionarse el diagnóstico inicial de un paciente si el reproche se realiza exclusiva o primordialmente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico. A esta



prohibición de regreso desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico inicial se refieren las SSTs, Sala 1ª, de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007, 29 de enero de 2010, y 20 de mayo y 1 de junio de 2011; es decir, no es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente ya que dicha valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar; en definitiva, es la situación de diagnóstico actual la que determina la decisión médica adoptada valorando si conforme a los síntomas del paciente se han puesto a su disposición las exploraciones diagnósticas indicadas y acordes a esos síntomas, no siendo válido, pues, que a partir del diagnóstico final se considere las que pudieron haberse puesto si en aquel momento esos síntomas no se daban.

SÉPTIMO.- Existencia de nexo causal entre el daño y perjuicio sufrido y la actividad sanitaria imputable a la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales.

Partiendo de las precedentes consideraciones, que estimamos básicas, y valorando conjuntamente conforme a las reglas de la sana crítica - según lo dispuesto en el art. 348 de la L.E.C. - la totalidad de la prueba practicada, tanto la documental obrante en el expediente y en autos, la pericial médica practicada a instancias de la actora con el Dr. Carlos José, así como la pericial judicial realizada por el Dr. Luis Carlos practicada en el ramo de prueba de la parte actora, así como la pericial médica aportada por la entidad demandada del Dr. Jose Ignacio, quien ha emitido dos informes periciales, así como la prueba testifical-pericial practicada en el ramo de la parte demandada con la Dra. Adelaida; pruebas periciales que han sido debidamente ratificadas todas ellas en vía judicial y sometidas a oportuna contradicción, hemos de concluir -adelantamos- que sí concurre la responsabilidad imputada, y ello con base en las **consideraciones** que seguidamente se efectúan:

1.- Dª Enma -de profesión: instaladora de publicidad y con 34 años de edad - sufrió un accidente de trabajo el día 18 de marzo de 2019, mientras colocaba unos vinilos en una Farmacia, cuando al bajarse de la escalera notó un chasquido o tirón provocando dolores desde la rodilla hasta la cadera en la pierna izquierda. Destacar que no se produjo ninguna caída ni contusión alguna.

La Sra. Enma había sido diagnosticada 11 años antes de condromalacia rotuliana avanzada bilateral, siguiendo tratamiento en el Servicio de Traumatología de la Seguridad Social con el Dr. Jesús Ángel desde el año 2008, con infiltraciones periódicas.

Esta patología previa de rodilla, no influyó en la causación del accidente laboral descrito, extremo éste, en el que coincidieron todos los peritos intervinientes en el proceso, pues no se llegó a caer, tratándose de un tirón fortuito. Asimismo, no cabe entender que esa patología previa se viese agravada como consecuencia del accidente laboral, como afirmó unilateralmente el perito de la actora Dr. Carlos José, pues sin perjuicio que con carácter general, las lesiones en cadera puedan agravar las lesiones de rodilla, lo cierto es que tal extremo no ha quedado acreditado en el presente caso, más allá de la apreciación del perito descrita, Y decimos esto, porque tal y como se ha reflejado en el punto 12 del FJ Segundo de la presente resolución, con fecha 23 de octubre de 2019 se le realizó una RM en el HUBU de la rodilla izquierda comparándola con las previas realizadas el 29-01-16, donde se estableció, "condromalacia rotuliana grado d(fricción crónica del tendón rotuliano cóndilo femoral lateral), **similar a previo**, bursitis del semimembranoso", lo que claramente descarta el agravamiento invocado.

2.- Al día siguiente de la caída, fue examinada en el Centro Asistencial de FREMAP por el Dr. Agustín, que diagnosticó "*rotura de fibras musculares*", solicitándose estudio ecográfico de cadera, pautando tratamiento médico con ibuprofeno, diazepam y omeprazol, emitiéndose parte de baja con fecha 18-03-19. Tal actuación médica ha de reputarse correcta, y así lo han entendido todos los peritos intervinientes.

Tras la realización del estudio ecográfico en el Hospital Recoletas, la Dra. Tarsila, después de recoger los hallazgos, concluyó " **entesitis de los isquiotibiales y de los aductores** , no se aprecian alteraciones en estructuras osteomusculares de la pierna". Y revisada por el Servicio de la Mutua el día 02.04.2019 por el Dr. Agustín, ante la persistencia del dolor en la zona femoral distal y zona de los isquiotibiales, le remitió a rehabilitación, que comenzó el día 4 de abril.

Tal actuación, también ha de reputarse correcta en aquél momento, y así lo corroboraron en el acto de la vista los peritos intervinientes, habiendo reconocido el propio perito de la actora Dr. Carlos José que en un accidente como el que nos ocupa, hay que explorar al paciente, realizar una ecografía, remitir al servicio de rehabilitación, y si no mejora completar el estudio con una RM, lo que luego se examinará.

Hemos de significar que no se realizó una única ecografía, como refiere el Dr. Carlos José, sino tres. En efecto, se realizó un primer estudio ecográfico el día 26.03.2019 y otras dos el día 02.05.2019, cuando ya estaba



en rehabilitación, realizándose un estudio ecográfico doble de muslo y pierna, en las que se volvió a apreciar entesitis de isquiotibiales y aductores, sin otras alteraciones.

3.- Interesa destacar que con ocasión de la primera ecografía el día 26 de marzo, se constató la existencia de dos calcificaciones en cadera (tendón del glúteo y recto anterior) que no estaban previamente diagnosticadas. Mayoritariamente coinciden los peritos en considerar que las mismas no pudieron producirse con ocasión del accidente laboral del día 18, pues se trata de un proceso crónico de larga evolución, de uno a seis años, sin que sea admisible entender que el accidente provocó un agravamiento de esa lesión persistente, como sostiene el Dr. Carlos José , pues no hay prueba alguna que avale tal extremo. Como afirmó la Dra. Tarsila , fue un hallazgo casual y es una lesión ajena a la condromalacia rotuliana que ya padecía, no pudiendo imputarse ni su causación, ni su agravamiento al accidente acaecido al bajar la escalera.

4.- Es relevante partir de que las lesiones sufridas por la actora, en su inicio, eran complejas y de muy difícil diagnóstico. El perito judicial Dr. Luis Carlos calificó lo acontecido de abigarrado y ambiguo. Aclaró en el acto de la vista, desde una perspectiva retrospectiva que la recurrente tuvo una doble rotura: en el aductor mayor y en el labrum. Reconoció que la actuación inicial fue correcta, pues una lesión en el labrum no se aprecia en una ecografía, sino mediante una resonancia magnética, y en la medida que se trataba de una lesión no habitual , el mismo tampoco hubiese sospechado de la misma.

El tratamiento rehabilitador prescrito en su día con infrarojos, interferenciales, fisioterapia manual, estiramientos, ultrasonidos y crioterapia, si bien es cierto que como ha reconocido el propio perito judicial Dr. Luis Carlos , sí pudo tener efectos positivos en la mejoría de los aductores de la paciente, a la vista del evolutivo de los informes de la Dra. Tarsila de 9 y 22 de mayo de 2019, sin embargo, destacó que ese tratamiento no fue beneficioso para la rotura no desplazada del labrum, pues si bien es cierto que con tal rotura se prescribe igualmente tratamiento rehabilitador, no obstante, ese tratamiento sería distinto; no tenían que haber hecho tantos ejercicios de flexoextensión y rotación, habiendo sido más adecuado para el labrum permanecer en reposo y no tocarlo en al menos un mes, lo que como vemos, no aconteció.

Ahora bien, en la medida que como hemos dicho, no pueden hacerse reproches asistenciales fundados en el análisis retrospectivo de la asistencia médica a partir del resultado luego conocido, esto es, no es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por la paciente, pues la valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar, procede determinar si a la vista de la evolución de la paciente debió completarse su estudio con una resonancia magnética, como finalmente tuvo que efectuarse en el Servicio de Radiología del HUBU el 23 de octubre de 2019, esto es, varios meses después del alta acordada por el INSS.

Para realizar tal valoración no retrospectiva, hemos de partir que en la primera ecografía realizada el 26-3-2019 se consignó como hallazgo un **pequeño derrame articular** en el receso coxofemoral anterior. Y una vez iniciada la rehabilitación, el evolutivo de la misma realizado por la fisioterapeuta Dña. Gema , evidencia que iniciada la rehabilitación con fecha 4 de abril, el día 30 de ese mes continuaba quejándose de dolor, el día 8 de mayo seguía con dolor en inserción de isquiotibiales en la región de la cadera, indicando que el 21 de mayo seguía quejándose de dolor en la zona de la cadera y región lumbar baja.

Asimismo, cuando fue revisada por el Servicio de la Mutua el día 26 de abril, por el Dr. Agustín se consignó **evolución extraña en cuanto a presentación de síntomas, no siendo sugerente de patología osteomuscular concreta**, realizándose seguidamente con fecha 2 de mayo un estudio ecográfico doble de muslo y pierna, en la que se apreció entesitis de isquiotibiales y aductores, sin otras alteraciones.

Partiendo de tales datos, coincidimos con el perito judicial Dr. Luis Carlos en considerar que constatada la existencia de un pequeño derrame articular en la primera ecografía, vista la mala evolución de la lesión, el dolor reiterado de la paciente durante el periodo de rehabilitación y ante unas nuevas ecografías que nada novedoso aportaban al caso, lo correcto en ese momento hubiese sido ampliar el estudio mediante una resonancia magnética, o en otro caso, suspender el tratamiento rehabilitador, pues como reconoció dicho perito - corroborando así lo informado por el Dr. Carlos José - la paciente salía de rehabilitación sin poder andar, lo que a nuestro juicio debió alertar a los sanitarios de la Mutua, y actuar en consecuencia.

Sin embargo, ni se realizó una RM, ni se suspendió el tratamiento rehabilitador, debiendo recordarse que a fecha 9 de mayo cuando fue revisada nuevamente por la Dra. Adelaida , en la exploración se constató dolor a la abducción de EI con flexoextensión completa, presentando asimismo dolor a la presión en zonas interseccionales, prescribiéndole antiinflamatorios y seguir con rehabilitación. Y aunque es cierto que el día 22 de mayo al ser revisada por la misma doctora, se hizo constar que presentaba deambulación normal sin limitaciones y la flexoextensión y aducción de cadera también se había normalizado, emitiéndose con esa misma fecha alta médica, no obstante, tampoco podemos obviar que la recurrente presentó al INSS solicitud de



revisión del alta médica por contingencias profesionales emitido por la Mutua alegando que " **sigo con dolores, que no me han examinado y las pruebas que me han hecho no son suficientes** y no estoy de acuerdo con el alta médica, ya que me dicen que **no ven que recupere con la rehabilitación, pero no me hacen más pruebas**".

Resulta irrelevante, a los meros efectos que aquí nos ocupan, que valorada dicha alta por el INSS confirmase su validez con fecha 11 de junio, así como el hecho de que la recurrente no impugnase tal decisión, pues como se ha dicho, estamos ante procesos distintos.

Hemos de significar que 9 días más tarde de ese alta, concretamente el 20 de junio de 2019, causó baja médica por enfermedad común, por condromalacia rotuliana grado II, y fue durante ese período de baja, cuando al persistir las molestias, con fecha 23 de octubre de 2019 se le realizó estudio por Resonancia Magnética, en el Servicio de Radiología del HUBU, de la cadera izquierda, apreciando "ligeros signos de tendinopatía insercional pubiana del **tendón aductor largo** izqdo con **pequeña rotura parcial** de la inserción pubiana de aproximadamente 2*1 mm, **pequeña rotura no desplazada de la unión condrolabral anterosuperior**, sin otras alteraciones labrocapsulares ligamentosas de la cadera".

El resultado de la RM evidenció una rotura en el tendón aductor largo y una rotura del labrum, que ni pudo ser diagnosticada mediante ecografías, ni tuvo el tratamiento correcto, pues la rehabilitación prescrita resultó muy agresiva para la lesión del labrum, aunque fuese adecuada para el aductor mayor y los isquiotibiales. Fue contraproducente para el labrum hacer tantos ejercicios de flexoextensión y rotación, y como aclarado el perito judicial, hubiese sido más adecuado no tocarlo en un mes o mes y medio.

Cuestiona la demandada que pudiera producirse tal rotura como consecuencia del tirón sufrido al bajar la escalera el día 18 de marzo, pues sería necesario un traumatismo de alto impacto o impactos repetitivos. No obstante, tal alegación no puede prosperar, pues tanto el informe del perito de parte Dr. Carlos José, como el perito judicial Dr. Luis Carlos, coinciden en considerar que tal lesión sí pudo ocasionarse como consecuencia del accidente laboral acaecido, debiendo advertirse que como aclaró el último perito, si se hubiese realizado una RM antes y se hubiese diagnosticado a tiempo la rotura del labrum, con un reposo de uno o dos meses hubiese mejorado la lesión, apreciando por ello una pérdida de oportunidad, al haberse privado a la recurrente de una posibilidad de curación completa, concluyendo que aunque no considere que estemos ante un error en el diagnóstico o mala praxis por parte de los profesionales, no obstante al no haberse realizado un tratamiento rehabilitador más específico, y no tan agresivo, estima una falta en el servicio en general, que ha provocado la pérdida de oportunidad referida.

Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, no es necesaria una actuación médica según la *lex artis ad hoc*, para aplicar la doctrina de la "pérdida de oportunidad" pues esta pérdida se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Así las cosas, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, hemos de concluir que nos encontramos en un supuesto de tratamiento inadecuado, en los términos precedentemente expuestos, al haber quedado acreditado que no se utilizaron los medios diagnósticos adecuados y disponibles que hubieran permitido diagnosticar a tiempo la rotura del labrum, y que conlleva una pérdida de oportunidad, por lo que debe estimarse la demanda en el sentido de declarar la responsabilidad de la Mutua demandada, al concurrir los requisitos jurisprudenciales que se vienen exigiendo al efecto, quedando por determinar el quantum de la indemnización.

OCTAVO.- Determinación de la indemnización.

Dicho esto, resta por determinar el quantum de la indemnización que, como consecuencia de la concurrencia de la responsabilidad declarada, constituye el derecho de los perjudicados, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.2º de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual, "en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social."

A tales efectos la recurrente reclama en concepto de daños y secuelas una indemnización de 27.441,49 € que se corresponden con el siguiente desglose:

-perjuicio funcional (capítulo III sistema músculo esquelético) 9 puntos-36 años= 8.461,49 Euros.

-pérdida temporal de calidad de vida (indemnizaciones por lesiones temporales) moderados 471 días x 52 € = 18.980 €.

Habiendo quedado acreditado que en el presente o no se utilizaron los medios diagnósticos adecuados y disponibles que hubieran permitido diagnosticar a tiempo la rotura del labrum, resta por valorar esta pérdida



de oportunidad, debiéndose tener en cuenta a tales efectos que en la fijación de la indemnización a conceder, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente.

A este respecto hemos de partir de que como informó el perito judicial Dr. Luis Carlos tras la explotación de la recurrente, la lesionada en la actualidad refiere dolores a la movilidad en cadera izquierda, en parte posterior media y parte superior interna de la pierna izquierda, sobre todo al subir y bajar escaleras, al estar mucho tiempo de pie y al estar sentada. Tiene la movilidad alterada y al forzar la movilidad aparecen molestias y alteración de la movilidad de la cadera izquierda, de manera especial a la flexión y rotación externa e interna de la cadera, reflejando dolor en zona inferior del glúteo y zona pubiana, resultando una exploración neurológica normal, con fuerza y sensibilidad conservadas en ambas extremidades superiores y reflejos normales.

Estas limitaciones de movilidad son similares a las que presentaba la recurrente cuando acudió a la consulta del Traumatólogo Dr. Germán, el día 11-08-2020, reflejados en el punto 13 del FJ Segundo de la presente resolución.

Ahora bien, habiendo aclarado el perito judicial Dr. Luis Carlos que el periodo de curación por la rotura de Labrum hubiese sido el mismo aún con la realización de la resonancia magnética, ya que el tiempo apropiado para la curación de esta lesión es de 90 días, resulta claro que no puede indemnizarse en concepto de incapacidad transitoria por 471 días como se solicita en la demanda, sino por los 86 días que refiere el perito judicial, esto es, desde el día 19 de marzo hasta el 11 de junio de 2019 como consecuencia del alta del INSS, debiendo recordarse que aunque causó nuevamente causó baja 9 días más tarde, lo fue por enfermedad común, por condromalacia rotuliana grado II, habiendo recibido el alta médica por la propuesta de resolución, emitida por el INSS el día 21-07-20, tras el agotamiento del plazo de la baja de un año, resultando claro que tal período de tiempo de baja por enfermedad común no puede ser indemnizable en el presente proceso.

Y por lo que se refiere a la clasificación y valoración de las secuelas, este Tribunal se decanta por las efectuadas en el informe del perito judicial Sr. Luis Carlos, que dicho sea de paso, no han sido contradichas por las demás partes, debiendo significarse que tal valoración se efectuó tras una exploración física de la paciente, mientras que la valoración practicada por el perito de la actora Dr. Carlos José, como reconoció en el acto de la vista, se efectuó sin ver a Dña. Enma y solo tras una comunicación telefónica con la misma, en la que le describió sus limitaciones y secuelas, siendo incuestionable por ello que debe prevalecer el informe del perito judicial, que valora las secuelas de la recurrente en un total de 6 puntos, frente a los 9 reclamados en la demanda.

Dichas secuelas consisten en :

- coxalgia postraumática inespecífica (03170).- (1-5 puntos) asignándole 2 puntos.
- flexión, mueve más de 90° (N:120°)(03156).- (1-5 puntos) asignado 1 punto.
- rotación externa, mueve más de 30° (N: 60°)(03163).- (1-2 puntos) asignándole 2 puntos.
- rotación interna (N: 30°)(03165).- (1-2 puntos) asignando 1 punto.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 (rec. 123/2020)

Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34.2º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) " **no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo** " (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). **Y nada ha cambiado con la nueva regulación** que se establece en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, " *podrá tomar como referencia* " dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. **porque lo que se propone es " tomarlo como referencia "**.



Y no puede perderse de vista, entrando ya en el examen de las concretas circunstancias del caso, que cuando se trata de abordar la indemnización por lesiones, en sentido técnico jurídico, que afectan a la vida o a la salud, que nunca son susceptibles de valoración concreta, no puede desconocerse el carácter objetivo y de generalidad que comporta la responsabilidad de las Administraciones que, desde luego, no le exime del deber de indemnizar por la existencia de una responsabilidad cuya aceptación por nuestro Legislador ha sido una de las conquistas más necesarias en un Estado de Derecho, pero que tampoco comporta, como se ha dicho reiteradamente, que se convierta a las Administraciones en un a modo de aseguradora universal, que sin duda afectaría al mismo presupuesto de las Administraciones y la detracción de recursos para otros fines. Ciertamente que en esos baremos existe también responsabilidad objetiva, pero mediatizada por la generación del riesgo, circunstancia que no concurre, necesariamente, en el caso de esta responsabilidad, en que el daño indemnizable surge por mero hecho de la prestación de servicios públicos vinculado, entre otras condiciones, que el lesionado no tenga el deber de soportarlo.

Atendida la precedente doctrina jurisprudencial, resulta claro que no vincula a esta Sala el referido baremo, sin perjuicio de que pueda ser tomado como referencia. Y habida cuenta que en el presente caso no cuestionan las partes que el mismo se tome en consideración, estimamos procedente acudir al baremo, eso sí, al vigente a la fecha a la que se contraen los hechos que aquí nos ocupan, debiendo por ello indemnizarse a razón de 86 días moderados por incapacidad temporal, y en 6 puntos por lesiones permanentes, lo que totaliza la cantidad s.e.u.o. de **10.209,52 euros** por todos los conceptos, más los intereses a que se refiere el art. 106 de la LJCA.

NOVENO.- Costas.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso interpuesto, no se aprecian causas o motivos que justifiquen una especial imposición de las costas procesales originadas en el presente recurso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 139.1 de la L.J.C.A. al no apreciarse temeridad ni mala fe.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

Estimar **parcialmente** el recurso contencioso administrativo Nº 27/2021 interpuesto por Doña Enma, representada por la Procuradora Dña. Inmaculada Pérez Rey y defendida por el Letrado D. Marcos Sánchez Lafont, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 7 de octubre de 2020 de FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 61, desestimatoria de la reclamación formulada por la recurrente el 28-9-2020 en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la defectuosa prestación de asistencia sanitaria con motivo del accidente laboral sufrido el día 18 de marzo de 2019, **y en virtud de tal estimación parcial declaramos que la resolución impugnada no es conforme a derecho, anulándola y dejándola sin efecto, condenando a FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 61, a abonar a la recurrente la cantidad total de 10.209,52 € por todos los conceptos, más los intereses a que se refiere el art. 106 de la LJCA.**

Todo ello **sin hacer expresa imposición en materia de costas** procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

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