

Dictamen n<sup>o</sup>: **175/14**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **30.04.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por H.L.K. sobre responsabilidad patrimonial por retraso en el diagnóstico de una fractura de epicóndilo en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 2 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 4 de marzo de 2014, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 150/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. Don Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión

Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 30 de abril de 2014.

**SEGUNDO.-** 1-. El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por H.L.K., registrada de entrada en la Consejería de Sanidad el día 14 de enero de 2013 (folios 1 a 7 del expediente), en la que la interesada exponía que el día 14 de febrero 2012 había sufrido una caída que le ocasionó dolores muy fuertes en el codo derecho, por lo que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla.

La reclamante continuaba señalando que en el citado centro hospitalario le hicieron una radiografía de la que resultó que no se apreciaban lesiones óseas traumáticas agudas. Señalaba que el tratamiento pautado fue reposo, hielo local, ibuprofeno y control por el médico de Atención Primaria.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, la interesada señalaba que tuvo que acudir varias veces al médico de cabecera por dolores en el codo así como por no poder extender el brazo completamente, recibiendo como único consejo la movilización del brazo pero sin remitirla a un fisioterapeuta, lo que le obligó a acudir a una clínica de fisioterapia privada para intentar mejorar los dolores del codo y el problema de la extensión. Indicaba que no fue hasta el mes de julio cuando el médico de Atención Primaria le pautó la realización de una resonancia magnética, con el resultado, conocido el 22 de octubre de 2012, de fractura completa del epicóndilo con desplazamiento de 5 mm.

Por lo expuesto consideraba que es imposible que en la radiografía que le hicieron el día 14 de febrero de 2012 no se viera la fractura del codo, a no ser que dicha radiografía no se hubiera hecho correctamente, lo que probablemente entendía había ocurrido en su caso.

Finalmente indicaba que la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial en su caso ascendía a la cantidad de 6.000 euros que es la que solicitaba inicialmente como indemnización de los daños y perjuicios causados.

La interesada acompañaba su reclamación de diversa documentación médica.

**TERCERO.-** Por la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP). Consta en la documentación examinada haberse dado traslado del inicio del procedimiento tanto a la reclamante como al Hospital Central de la Defensa Gómez-Ulla.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente remitida desde el Hospital Central de la Defensa Gómez-Ulla (folios 14 a 26 del expediente) así como del centro de salud Nuestra Señora de Fátima (folios 55 a 64 del expediente).

Consta igualmente el informe del jefe del Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa (folio 15 del expediente) en el que se expone que la reclamante fue atendida el día 14 de febrero de 2012 en el Servicio de Urgencias del centro hospitalario a consecuencia de una contusión en el codo derecho. Continúa señalando que practicado el estudio radiológico fue dada de alta con el diagnóstico de contusión sin evidencia de fracturas. Subraya que la paciente posteriormente recibió 15 sesiones de fisioterapia que concluyeron el 27 de abril de 2012 y que en la resonancia

realizada el 22 de octubre siguiente se diagnosticó fractura del epicóndilo con desplazamiento. Finalmente añade la observación de que *“la fractura se diagnostica 8 meses después de la primera valoración, pudiendo darse la circunstancia de haberse producido en otro accidente posterior a la consulta en el Servicio de Urgencias del HCD Gómez-Ulla del 24 de febrero”*.

Figura en el folio 34 del expediente un escrito presentado por la aseguradora del Hospital Central de la Defensa, en el que señala que visto el expediente no existe relación alguna entre la atención prestada el día 14 de febrero de 2012 y la fractura diagnosticada nueve meses después, considerando que la misma pudo producirse en el largo periodo de tiempo transcurrido desde la primera consulta.

También se ha incorporado al procedimiento un informe médico pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud (folios 65 a 70 del expediente) en el que tras analizar la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante indica lo siguiente:

*“(…) La paciente acude este día (14 de febrero de 2012), tras haber sufrido una caída sobre codo derecho, a Urgencias Generales del mencionado hospital.*

*Resulta curioso que, en la valoración de las primeras placas que le realizan del codo, se informa de:*

➤ *“Dudosa imagen en extremidad distal del húmero en zona radial”.*

*Y se solicita valoración por Traumatología de guardia que, a pesar de explorar y realizar una proyección Rx oblicua del codo derecho, establece que se trata de una:*

➤ *“Contusión de codo derecho”.*

*Del evolutivo de lo acontecido, expuesto con anterioridad, queda claro que la paciente ante la no mejoría es derivada a tratamiento rehabilitador (dentro del Sistema Público) y, nuevamente remitida a Traumatología por dolor y limitación funcional del codo derecho, donde se indica una RMN de codo derecho, que se realiza el 11.07.12 en el HCD-Gómez Ulla, informada como:*

*Fractura completa del epicóndilo con desplazamiento de 5 mm sin signos de consolidación. Se identifica un cuerpo libre de 8 mm intraarticular, entre el fragmento óseo y el radio. Posterior al fragmento también se visualiza otro de 6 mm extraarticular.*

*Existe irregularidad de la superficie articular de la cabeza radial con leve edema óseo en la cara anterior con probable fractura a este nivel.*

*No es hasta el 29.10.12 cuando le dan cita para valorar los resultados de la RMN de julio, presentando la paciente no solo dolor en el codo derecho, sino también limitación de flexión a 95° y de extensión a 105°.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, queda claro que se puede establecer un correcto nexo de causalidad entre la caída de fecha 14.02.12 sobre el codo derecho, las lesiones sufridas y la situación secuelar que presenta la paciente a fecha 29.10.12, al cumplirse los criterios del mismo: cronológico, topográfico, de intensidad, evolutivo sintomático.*

*3.- Sobre los errores manifiestos del informe de funcionamiento del jefe de Urgencias del Hospital Central de la Defensa-Gómez Ulla, Dr. L.P., emitido el 31.01.13:*

*3.1.- Se indica que la RMN del codo se realiza el 22.10.12, ocho meses después del accidente, cuando en realidad se realiza el 11.07.12*

*en el S<sup>o</sup> de Radiodiagnóstico del mismo HCD-Gómez Ulla -prescrita por Traumatología-.*

*3.2.- La anterior premisa errónea lleva al jefe de Urgencias del HCD a postular una hipótesis/afirmación equivocada: puesto que tardan 8 meses en realizar la RMN en el codo “contusionado”, quizá se haya producido un nuevo traumatismo en la misma zona posterior a la consulta en Urgencias el 24 de febrero; nuevo error, puesto que la asistencia en Urgencias fue el 14.02.12.*

*3.3.- En la consideración n<sup>o</sup> 2 ha quedado acreditado la corrección del nexo de causalidad entre la caída de 14.02.12, las lesiones sufridas (fractura epicóndilo desplazada y posible fractura superficie articular radial), y las secuelas que son su consecuencia”.*

Por lo que atañe a la valoración del daño, el informe establece una indemnización de 5.256,83 euros, aplicando el baremo del año 2013 y en atención a las lesiones en el codo (limitación en el extensión -30°, limitación en la flexión, mueve más de 30° y artrosis postraumática y/o codo doloroso) con un factor de corrección del 10% al encontrarse la reclamante en edad laboral.

Concluida la instrucción del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, se notificó el trámite de audiencia a la interesada el 6 de septiembre de 2013. Consta en el expediente que el día 24 de septiembre de 2013 la reclamante formula una nueva valoración del daño, por lo que reclama una indemnización 43.680,55 euros, desglosada en los siguientes conceptos: 14.996,85 euros por secuelas; 12.833,70 euros por días de incapacidad temporal; 15.000 euros por incapacidad permanente parcial para su profesión (peluquera) así como 250 euros por gastos de fisioterapia y 600 euros por un curso de peluquería que no pudo realizar.

Consta en el expediente que el 26 de noviembre de 2013 le fue remitido a la reclamante, como continuación del trámite de audiencia, un CD de imágenes procedentes del Hospital Central de la Defensa Gómez-Ulla. En la misma fecha se dio traslado del procedimiento tramitado al mencionado centro hospitalario y a la compañía aseguradora.

El día 29 de noviembre de 2013 formula alegaciones la compañía aseguradora en las que incide en la falta de relación de causalidad entre la fractura diagnosticada en julio de 2012 y la asistencia dispensada en febrero de ese mismo año, dado el tiempo transcurrido entre una y otra.

Consta en el expediente que el día 9 de diciembre de 2013 la reclamante solicitó que le enviaran nuevamente el CD de imágenes procedentes del hospital dado que el remitido anteriormente carecía de archivos. Figura en el expediente que el 19 de diciembre de 2013 se realizó una nueva remisión con nuevo plazo de alegaciones, si bien no consta que la reclamante hiciera uso del referido trámite de audiencia.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 19 de marzo de 2014, en la que se estima la reclamación presentada reconociéndose una indemnización de 5.256,83 euros..

**CUARTO.**-Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La reclamante, de 45 años de edad en el momento de los hechos, el 14 de febrero de 2012 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa-Gómez Ulla por *“caída sobre el codo derecho, presentando tumefacción y dolor a la flexo-extensión, no a la pronosupinación”*. Tras

Rx de codo derecho, en la que se aprecia “*dudosa imagen en extremidad distal del húmero en zona radial*”, se solicita valoración y tratamiento por el Servicio de Traumatología, que tras examinar la Rx no aprecia lesiones óseas traumáticas agudas en ese momento. Se anota que se repite proyección lateral por ser la primera Rx oblicua, de modo que en la AP pura no aprecia lesiones óseas articulares. Se emite el juicio clínico de contusión de codo derecho y se prescribe tratamiento con reposo del miembro superior derecho en cabestrillo, hielo local, ibuprofeno por dolor y control por su médico de Atención Primaria.

El 22 de febrero de 2012 la reclamante acude a su médico de Atención Primaria por persistencia de tumefacción, dolor y calor en el codo.

Según la documentación aportada por la interesada el 13 de marzo de 2012 acudió a una consulta de fisioterapia privada. Se anota que presenta un balance articular de: flexión 90° y extensión de 100°. Se pautan quince sesiones de tratamiento (finalizaron el 21 de abril de 2014 sin conseguir una mejoría clara según el informe aportado).

La reclamante acude el 21 de marzo de 2012 al Servicio de Rehabilitación del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla remitida por su médico de Atención Primaria por dolor en codo derecho, con antecedente de trauma el 14 de febrero, tratada una semana con cabestrillo. En la exploración física presenta un balance articular del codo de: flexión: 120°, extensión: -40°, prono-supinación completa. Se indica la realización de ejercicios domiciliarios con ayuda de 1-2 Kg y revisión en 15 días.

El 4 de abril de 2012 la paciente acude a revisión. En esta consulta el balance articular del codo es de: flexión: 130°, extensión: -30°, prono-supinación completa. Se prescribe fisioterapia.

En la revisión del día 10 de mayo de 2012 la paciente presenta el mismo balance articular del codo. Se pauta continuar 10 sesiones más.

La reclamante acude a revisión el 24 de mayo de 2012. Refiere continuar con limitación. El balance articular no ha variado desde la última revisión. Se da el alta en el Servicio de Rehabilitación y se remite a la paciente al Servicio de Traumatología para nueva valoración.

El 13 de junio de 2012 la paciente acude al Servicio de Traumatología. Se anota que fue vista en el Servicio de Urgencias el 14 de febrero con el juicio clínico de contusión. En la exploración la paciente presenta el codo seco y estable pero con rotación limitada. Se solicita RMN urgente.

El 11 de julio de 2012 se realiza a la paciente RM de codo que se informa ese mismo día como *“fractura no consolidada del epicóndilo y de la cabeza del radio. Fragmentos intraarticulares”*.

La reclamante es vista en el Servicio de Traumatología del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla el día 3 de octubre de 2012. Se informa del resultado de la RM. Se anota que presenta pronación completa, supinación 20/30° y flexión de unos 15 °, fija.

A los hechos anteriores les son de aplicación las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la*

*cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.*

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por la reclamante en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

**SEGUNDA.-** La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por los artículos 31 y 139.1 de la LRJ-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Administración sanitaria madrileña, como hemos venido señalando en anteriores dictámenes de este Consejo, así por ejemplo en el Dictamen 548/13, de 13 de noviembre, toda vez que la asistencia sanitaria objeto de reproche se practicó en el ámbito de la prestación de un servicio público por parte de una administración pública dentro de sus competencias asistenciales en materia de salud, por un centro concertado con la Comunidad de Madrid, el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 6 de julio de 2010 lo siguiente:

*“Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios*

*y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración”.*

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, la interesada ejercita su derecho a reclamar el día 14 de enero de 2013 en relación con los supuestos daños derivados de un retraso en el diagnóstico de una fractura de epicóndilo del que la reclamante tuvo conocimiento en la consulta del Servicio de Traumatología del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla del día 3 de octubre de 2012, cuando se informó a la paciente de los resultados de la RM realizada en julio de ese mismo año, por lo que cabe considerar que H.L.K. ha ejercitado su derecho a reclamar en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a la reclamante, al Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla y a la compañía aseguradora de este último, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

No obstante se observa que no se ha recabado informe de la Inspección Sanitaria. En relación con esta cuestión hemos recordado en anteriores dictámenes de este Consejo, así en el Dictamen 298/13, de 24 de julio, lo siguiente, que es plenamente aplicable al procedimiento que nos ocupa:

*“La Orden 317/2013, de 6 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2013 a 2015, estableciendo como uno de los criterios de actuación sanitaria: “Analizar la adecuación de la asistencia sanitaria prestada en los procedimientos de reclamaciones por responsabilidad patrimonial”, ha entrado en vigor el 30 de mayo del presente año. Puesto que no establece dicha Orden norma transitoria alguna sobre los procedimientos en tramitación, habrá de aplicarse la regla general de derecho transitorio según la cual los procedimientos se sustancian conforme la normativa existente a su entrada en vigor.*

*Por ello, es de aplicación la doctrina de este Consejo que venía considerando que el citado informe era meramente potestativo para el instructor (así dictámenes 192/10, de 30 de junio; 13/11, de 26 de enero y 213/11, de 4 de mayo, entre otros) si bien destacaba su importante valor a los efectos de una adecuada resolución del procedimiento, importancia que ha recogido la citada Orden del consejero de Sanidad”.*

**TERCERA.-** El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese

criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *“a la Administración no es exigible nada más que 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 materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

**CUARTA.-** En el presente caso, la reclamante reprocha a la Administración sanitaria un error de diagnóstico de la patología que padece (fractura de epicóndilo) que no fue detectada ni comunicada a la paciente hasta octubre de 2012, cuando, en su opinión, debió ser diagnosticada en la primera asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla al que acudió el día 14 de febrero de 2012, tras haber sufrido una caída con traumatismo sobre su codo derecho.

En el presente caso, no cabe duda que la reclamante sufre la lesión por la que reclama pues así resulta de la documentación médica examinada y de la que hemos dado cuenta en los antecedentes de este dictamen. En este punto la RM realizada el 11 de julio de 2012 en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla claramente informa de que la interesada padece *“una*

*fractura no consolidada del epicóndilo y de la cabeza del radio” con fragmentos intraarticulares.*

El servicio implicado en el proceso asistencial de la reclamante, tras limitarse a dar cuenta de las distintas asistencias prestadas a la interesada, ofrece como posible y única explicación al hecho de haberse diagnosticado la fractura 8 meses después del accidente, a que ésta podría haberse producido como consecuencia de un traumatismo distinto al que llevó a la reclamante a la consulta del 14 de febrero de 2012. En la misma consideración incide la compañía aseguradora del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla sin apoyo en informe pericial alguno.

Sin embargo, en este caso, el examen de la historia clínica revela que tras el accidente sufrido en la citada fecha de 14 de febrero, la reclamante no ha dejado de acudir a consultas por dolor en el codo derecho, y así lo demuestra tanto el evolutivo de las asistencias en Atención Primaria como en el Servicio de Rehabilitación del hospital. Precisamente esa persistencia de la sintomatología, determina que la reclamante vuelva a ser remitida al Servicio de Traumatología que en junio de 2012 prescribe la realización de una RM urgente que será la que evidencie la fractura por la que se reclama. Por otro lado, no hay en la historia clínica examinada ninguna referencia a que la reclamante sufriera un traumatismo posterior al que aconteció el 14 de febrero de 2012, como apunta en su descargo el servicio implicado en la asistencia sanitaria. Además, el hecho de que la fractura se diagnostique ocho meses después, como señala el precitado informe, no resulta corroborado por la historia clínica, pues el diagnóstico queda establecido en julio de 2012, sin que por otra parte aparezca justificado por qué no se informó a la paciente hasta tres meses después o incluso por qué, dada la sintomatología que presentaba la paciente de persistencia del dolor y limitación funcional sin mejoría, no se ordenó con mayor premura la práctica de la prueba diagnóstica. En todas estas consideraciones incide el informe pericial elaborado a instancias del Servicio Madrileño de Salud

cuando, tras poner de relieve los errores en los que incide el informe y subrayar que ya en la prueba radiológica realizada el 14 de febrero se puso de manifiesto la presencia de una *“dudosa imagen en extremidad distal del húmero en zona radial”*, concluye que *“queda claro que se puede establecer un correcto nexo de causalidad entre la caída de fecha 14.02.12 sobre el codo derecho, las lesiones sufridas y la situación secuelar que presenta la paciente a fecha 29.10.12, al cumplirse los criterios del mismo: cronológico, topográfico, de intensidad, evolutivo sintomático”*.

De acuerdo con la jurisprudencia no todo error de diagnóstico supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto con arreglo a esa misma jurisprudencia *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012, con cita de otras anteriores de la misma Sala y Sección como la de 27 de diciembre de 2011 o la 7 de julio de 2008, en las que se insiste en que así lo demanda el principio de la *“facilidad de la prueba”*, establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6<sup>a</sup>) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: *“(…) Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”*.

Sin embargo en el presente caso, como hemos expuesto el servicio implicado en la asistencia a la reclamante no ha ofrecido una explicación sobre lo sucedido, centrandó toda su argumentación en la hipótesis de otro posible accidente que, como hemos expuesto anteriormente, no tiene ningún reflejo en la historia clínica de la paciente. En opinión de este Consejo, tal falta de explicación debe recaer en perjuicio de la Administración, pues, probado el error de diagnóstico, es a ella a quien corresponde la prueba de acreditar que el mismo pudiese ser admisible por cualquier causa.

En este caso, de los datos que obran en la historia clínica y por los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, podemos concluir que la patología que padecía la reclamante no se diagnosticó de forma adecuada, y que ese error de diagnóstico, constitutivo de una infracción de la *lex artis*, supuso un daño y sufrimiento a la interesada que no tiene el deber jurídico de soportar.

**QUINTA.**-Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJ-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

La reclamante, sitúa en 43.680,55 euros el importe de la indemnización pretendida, que desglosa en 14.999,85 euros por secuelas y 12.833,70 euros por la prolongación de los días de incapacidad temporal. A lo dicho añade 15.000 euros por la incapacidad permanente parcial para su profesión de peluquera y añade 250 euros de sesiones de fisioterapia así como otros 600 euros de un curso de perfeccionamiento de peluquería en el que dice estaba matriculada.

Por su parte, la propuesta de resolución recogiendo la valoración efectuada por el informe pericial aportado a instancias del Servicio

Madrileño de Salud reconoce una indemnización de 5.256,83 euros en atención a las secuelas (limitación de extensión mueve más de 60°: 2 puntos; limitación de flexión mueve más de 30°: 2 puntos; artrosis postraumática y/o codo doloroso: 2 puntos, así como un factor de corrección del 10% por encontrarse la reclamante en edad laboral.)

Respecto a la valoración de las secuelas compartimos la efectuada por el informe pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud, en cuanto que tiene en cuenta la limitación funcional de la paciente reflejado en la historia clínica, si bien debe aplicarse, con carácter orientativo, la Resolución de 24 de enero de 2012 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que da publicidad a las cuantías de la indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal aplicables en el año 2012, que es la fecha en que la lesión efectivamente se produjo, como resulta de lo dispuesto en el artículo 141.3 LRJ-PAC. También resulta adecuado aplicar el factor de corrección del 10% que se establece para cualquier víctima en edad laboral aunque no se justifiquen ingresos. De lo dicho resultaría una cantidad de 5.086,66 euros por los conceptos señalados.

A dicha cantidad habrán de adicionarse los días de padecimientos hasta que se obtuvo el diagnóstico adecuado de la patología de la reclamante, contados desde la primera asistencia al Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla el 14 de febrero de 2012 hasta que se informó a la paciente del diagnóstico de su patología el día 3 de octubre de 2012, que parece razonable calificar como improductivos, esto es como aquellos *“en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual”*. Aplicando de nuevo con carácter orientativo el baremo correspondiente al año 2012 resulta una cantidad de 13.018 euros.

No resulta sin embargo aplicable el factor de corrección por incapacidad permanente parcial que aduce la interesada ya que no aporta ninguna acreditación en este sentido, como resulta necesario según las reglas generales sobre la carga de la prueba. En este sentido cabe señalar que la incapacidad permanente parcial es una situación que inhabilita parcialmente al trabajador para la realización de su ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma y que debe reconocerse por el INSS, como declara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 2013 (recurso nº 469/2009), al señalar que *“la parte actora no acredita el reconocimiento por el INSS de situación de invalidez alguna que claramente es independiente del reconocimiento de una minusvalía para los servicios sociales de la CAM en grado del 33%”*. Por tanto, no procede abonar indemnización alguna por este concepto.

Tampoco resultan indemnizables los gastos de fisioterapia y del curso que alega la interesada pues no aporta ninguna documentación justificativa de los mismos, lo que debería haber hecho con arreglo a las reglas generales sobre la carga de la prueba.

En total resultaría una cantidad de 18.124,86 euros, cantidad que habrá de actualizarse a la fecha en que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, de acuerdo con el artículo 141.3 LRJ-PAC.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada parcialmente en la cantidad de 18.124,86 euros, importe que

deberá ser actualizado de conformidad con lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de abril de 2014

