



Roj: **STSJ BAL 773/2018 - ECLI:ES:TSJBAL:2018:773**

Id Cendoj: **07040330012018100443**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2018**

Nº de Recurso: **440/2016**

Nº de Resolución: **429/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00429/2018

SENTENCIA

Nº 429

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 12 de septiembre de 2018 ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **440/2016** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de Dª **Mariana**, representada por el Procurador D. Mateo Cabrer Acosta y asistida del Abogado D. Ignacio Ribas Garau y como Administración demandada el **SERVICIO DE SALUD DE LAS ILLES BALEARS (IB- SALUT)** representado y asistido por Abogado de la Comunidad Autónoma; siendo parte codemandada la aseguradora **ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA** representada por el Procurador D. Onofre Perelló Alorda y asistida del Letrado D. Eduardo Asensi Pallarés.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Consejera de Salud del Govern de les Illes Balears, de fecha 27 de octubre de 2016, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada por la Sra. Mariana

La cuantía se fijó en 193.903,99 €

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 22 de diciembre de 2016, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por



ser contrario al ordenamiento jurídico el acto impugnado y en consecuencia que se le indemnice en al cantidad de 196.603,99 € más intereses legales.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada y codemandada para que contestaran, así lo hicieron en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la pertinente, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 11 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la cuestión litigiosa.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa reseñar:

1º) La recurrente, con antecedentes de artrosis postraumática de ambos tobillos y rodilla derecha secundarias a fracturas sufridas en accidente de tráfico en 1974, fue diagnosticada de gonoartrosis de rodilla derecha y ambos tobillos. Su rodilla derecha presentaba un cuadro de dolor mecánico invalidante con un arco de movilidad 0º-80º y una deformidad en valgo de 22º. Se propone intervención quirúrgica consistente en artroplastia de sustitución con prótesis.

2º) En fecha 12 de enero de 2009, es intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario Son Dureta (IB-SALUT), realizándosele artroplastia de sustitución con prótesis de rodilla derecha, modelo Sigma con ayuda de navegador.

3º) 48 horas después de la intervención quirúrgica, se hace constar en la Historia Clínica lo siguiente: "*Evolució: Dificultat para flexió dorsal de tobillo. Plan: Retirar redón e iniciar rehabilitació en cama con ayuda de kinetec para mantener flexionada la rodilla más o menos a 70º grados*".

4º) El día 23 de enero de 2009, la paciente es dada de alta hospitalaria. En el informe de alta se hace constar: "*Durante la evolución postoperatoria la paciente ha presentado una paresia del nervio ciático poplíteo externo. Se prescribe tratamiento analgésico, antiresortivo y profiláctico de la enfermedad tromboembólica. Se recomienda realizar electromiograma (EMG) al cabo de 2-3 meses*".

5º) Tras detectarse la paresia del nervio ciático se inicia un proceso de tratamiento y definición del diagnóstico que se concreta en informe del Servicio de Traumatología de 19 de febrero de 2010 que revela una "*afectación del tronco-ciático derecho con degeneración axonal distal muy severa para la rama correspondiente al nervio ciático poplíteo externo y una degeneración axonal distal de la rama correspondiente al nervio ciático poplíteo interno*".

6º) En fecha 2 de noviembre de 2012, la Sra. Mariana se somete a una nueva intervención quirúrgica en el Hospital Son Espases para cirugía de pie equino -cavo-varo, adquirido por lesión del ciático poplíteo externo y al objeto de corregir las lesiones urgidas a resultas de la primera intervención. La paciente es dada de alta de esta segunda intervención el día 30 de enero de 2013 y remita al Servicio de Rehabilitación. En el ingreso en dicho Servicio se hace constar: "*El día 2 de noviembre de 2012 el Doctor Constancio realizó osteotomía de base de 1ª MTT, artrodesis de 1ª 1F, trasposición tibial posterior a cuboides y del EPDG (extensor profundo dedo gordo) a cuello MTT por parálisis de CPE (ciático poplíteo externo) tras cirugía de prótesis total de rodilla. Ingresa para control y RHB*".

7º) Tras el proceso de control y rehabilitación, en fecha 16 de septiembre de 2014 se emite informe por el Servicio de Rehabilitación en el que, tras considerar agotadas las posibilidades del tratamiento rehabilitador se opta por dar de alta con secuelas a la paciente en dicha fecha.

8º) En fecha 30 de enero de 2015, la Sra. Mariana interpone reclamación de responsabilidad patrimonial frente al IB-SALUT reclamando indemnización de daños y perjuicios por las secuelas derivadas de la primera intervención (12.01.2009) para la colocación de una prótesis de rodilla derecha y de la que resultó la lesión de los nervios ciáticos poplíteos. Se considera que dicha lesión deriva de una mala praxis de la mencionada intervención quirúrgica.

9º) Por medio de la resolución de la Consejera de Salud del Govern de les Illes Balears, de fecha 27 de octubre de 2016, se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada por la Sra. Mariana al apreciar prescripción de la acción computando el plazo desde el 30 de enero de 2013 en el que se le dio de alta de la segunda intervención. Subsidiariamente se invoca que las lesiones de los nervios ciáticos no derivan



de una mala praxis en la intervención quirúrgica de 2009 y es un riesgo que, aunque infrecuente, está descrito como posible consecuencia de la intervención y advertido en el documento de consentimiento informado previo suscrito por la recurrente.

Disconforme con la anterior resolución se interpone el presente recurso jurisdiccional en el que se reclamará indemnización de daños y perjuicios por importe de 193.903,99 € al considerar que las lesiones derivan la intervención quirúrgica del 12 de enero de 2009 para la realización de una artroplastia y que por una mala praxis durante su ejecución, se provocó la parálisis de los nervios ciáticos de la pierna derecha.

Se reclama por las siguientes secuelas:

- 1.-Parálisis del Nervio Ciático poplíteo externo de la pierna derecha con ausencia de potencial motor distal desde la cabeza del peroné, con degeneración axonal severa, sin regeneración funcional nerviosa útil. Pie equino-varo. Necesidad de órtesis constante.
- 2.-Paresia del Nervio Ciático poplíteo interno de la pierna derecha con potenciales bajos, y degeneración axonal distal de grado moderado-severo con velocidad de conducción reducida en Nervio tibial posterior.
- 3.-Perjuicio estético medio como consecuencia de marcha en estepaje, en la que el pie derecho cae flácido, lo que le obliga a levantar más la rodilla y lanzar la pierna hacia delante a cada paso a fin de no arrastrar el pie y tropezar con la punta.
- 4.- Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de carácter moderado.

Se reclama igualmente perjuicio patrimonial por la necesaria rehabilitación, adecuación del automóvil y transporte, así como por los días de perjuicio grave y moderado.

SEGUNDO. La prescripción de la acción.

Ya hemos dicho que la reclamación de responsabilidad patrimonial se presenta el 30 de enero de 2015.

La resolución impugnada desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial invocando en primer lugar la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo una estabilización de las secuelas y se pudo reclamar (art. 142,5º de la entonces vigente LRJyPAC). La resolución toma en consideración el *dies a quo* se inicia en el momento en que en fecha 30 de enero de 2013 se cursó el alta de la segunda intervención conteniendo una clara descripción de las secuelas resultantes (folio 27 del expediente administrativo) sin que restase más tratamiento que el rehabilitador.

Frente a ello, la recurrente señala que, a partir de enero de 2013, continuó el tratamiento y no fue hasta el 16 de septiembre de 2014 en que visitada por última vez por el Servicio de Rehabilitación del Hospital San Juan de Dios, y dada la evolución experimentada, se consideraron agotadas las posibilidades de tratamiento, siendo dada de alta médica definitiva, en dicha fecha, en la que se determinaron el alcance definitivo de las lesiones permanentes e irreversible y secuelas. Ello según obra en el Informe de Consultas Externas de dicho centro hospitalario firmado por el Doctor Francisco , de fecha 10 de diciembre de 2014. (Folio 53 del expediente).

El art. 142,5º de la LRJyPAC señalaba que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motiva la indemnización o manifiesta su efecto lesivo y que, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de la secuelas.

No producida en nuestro caso la curación, el plazo se computa desde la determinación del alcance de las secuelas. En nuestro caso estas secuelas lo son la: * Parálisis del Nervio Ciático poplíteo externo de la pierna derecha con ausencia de potencial motor distal desde la cabeza del peroné, con degeneración axonal severa. La *Paresia del Nervio Ciático poplíteo interno de la pierna derecha con potenciales bajos, y degeneración axonal distal de grado moderado-severo con velocidad de conducción reducida en Nervio tibial posterior. Y la *Deformidad equino-varo. Pie derecho caído flácido como consecuencia de las anteriores.

Pues bien, dichas secuelas ya fueron relatadas en informe del Servicio de Traumatología de 19 de febrero de 2010 pero en la medida en que era posible paliar sus efectos mediante intervención quirúrgica como la que se practicó el 2 de noviembre de 2012, la estabilización de las secuelas derivaba del resultado de la misma. Y así fue, siendo dada de alta de dicha segunda intervención el 30 de enero de 2013 y remitida al servicio de Rehabilitación, en donde prosiguió tratamiento rehabilitador hasta el 16 de septiembre de 2014 al objeto de mejorar el grado de funcionalidad como consecuencia de dichas secuelas.

Coincidimos con la resolución impugnada en el sentido de que las secuelas ya estaban estabilizadas tras la segunda intervención paliativa de noviembre de 2012 y una vez producida el alta de esta segunda intervención, se inicia un proceso de rehabilitación funcional. Proceso que concluyó en septiembre de 2014.



El momento en que la recurrente sitúa el *dies a quo* es el de 16 de septiembre de 2014 en que es dada de alta (según informe de 10.12.2014, fol 53 expte.). Pero dicha alta lo es del Servicio de Rehabilitación y por considerar " *agotadas las posibilidades del tratamiento rehabilitador*".

Llegados a este punto no cabe sino aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial que en este punto señala que los tratamientos de rehabilitación, como el que en nuestro caso se inició a partir de enero de 2013, no enervan que el daño ya se había manifestado completamente y determinado su alcance.

En este punto, la STS 26 de febrero de 2013 (rec. cas núm. 367/2011) precisa que debe distinguirse entre " *daños continuados, que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el dies a quo será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance*" y añade: " *Lo relevante, con independencia de la terminología, es determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que ésta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción*".

Este criterio respecto es ratificado en numerosas sentencias, como la de 28.11.2017 (rec. 2552/2015) entre las más recientes.

La parálisis del nervio ciático poplíteo externo, la paresia del nervio ciático poplíteo interno, así como la deformidad equino-varo como consecuencia de las anteriores, ya estaban perfectamente identificadas en 2010 y su definitivo alcance quedó precisado tras el alta de la segunda intervención, en enero de 2013. Desde entonces pudo reclamarse por unas secuelas que son las mismas que se describen en el informe médico que acompaña a la reclamación de responsabilidad patrimonial. O lo que es lo mismo, de haberse emitido dicho informe en enero de 2013 en lugar de diciembre de 2015, la descripción de las secuelas sería idéntica, lo que demuestra la estabilización de las mismas y su determinación en condiciones que permitía la acción de reclamación de responsabilidad. Reclamación que, sin motivo, se pospuso dos años provocando la prescripción.

Procede en consecuencia, la desestimación del recurso.

TERCERO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procedería efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones. No obstante, el difuso momento en que se produce la estabilización de las secuelas por la de errónea confianza en una curación, justifican las dudas de hecho y de derecho que impiden su imposición.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo 2º) No procede expresa imposición de costas procesales.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. . El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.