



Roj: **STSJ EXT 120/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:120**

Id Cendoj: **10037330012016100067**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2016**

Nº de Recurso: **185/2015**

Nº de Resolución: **22/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00022/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM. 22

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a ONCE de FEBRERO de DOS MIL DIECISEIS.

Visto el recurso de **apelación nº185 de 2015** , interpuesto por la Procuradora DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ SANZ en nombre y representación del apelante **D. Francisco y D^a Justa** , contra la sentencia nº 111/15 de fecha 22.09.15 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 530/13, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de MÉRIDA , a instancias de Francisco y Justa contra el SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD, y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL ESPAÑA, sobre: responsabilidad patrimonial. Se fijó en indeterminada la cuantía del proceso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de MÉRIDA se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo nº 530/13 seguido a instancias de D. Francisco y Justa sobre responsabilidad patrimonial. Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 111/15 de fecha 22.09.15 .

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por D. Francisco y Justa , dando traslado a S.E.S, y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL ESPAÑA, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.



CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Iltrmo. Sr. Magistrado D. **CASIANO ROJAS POZO** , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - Se somete a nuestra consideración en esta ocasión, por la vía del recurso de apelación, la sentencia nº 111/15, de fecha 22/09/2015 , dictada por el Magistrado del Juzgado nº 1 de Mérida, en sus autos PO 513/2013, que desestima el recurso contencioso administrativo presentado contra la resolución del Secretario General del SES, de fecha 16/04/2013, sobre responsabilidad patrimonial, si bien no por inexistencia de daño antijurídico (que es en lo que se basó la resolución administrativa), sino porque " *a la fecha de presentación de la reclamación administrativa la acción de responsabilidad patrimonial en el caso que nos ocupa había prescrito* ". Por ello, la sentencia no tuvo que entrar a analizar la cuestión de fondo.

La sentencia de instancia funda su decisión, esencialmente, en dos informe médicos: (1) el informe del médico forense emitido con fecha 01/07/2015, que determina que la lesión que sufrió el hijo de los hoy actores en el momento del parto (parálisis braquial derecha) estaba estabilizada desde ese mismo momento, como consecuencia de que la axonotmesis severa que sufrió no fue intervenida para tratar de restaurar la continuidad nerviosa ni tampoco consta que se haya producido ningún tipo de mejoría del nervio desde entonces, y (2) el informe del Dr. Moises , médico rehabilitador, acompañado con la demanda, donde consta que desde la primera visita, en 2010, " *se considera la estabilización clínica del proceso neurológico* ", siendo el tratamiento realizado desde entonces " *encaminado a minimizar las secuelas del proceso* ". Tiene también en cuenta la declaración testifical Don. Moises , que manifiesta que la posibilidad de mejora espontánea de la lesión del nervio " *sólo es posible al tercer o cuarto mes de vida* ", pero que en este caso ello no ocurrió, como se constata con los informes que obran en el expediente de fecha "junio de 2008" o en la consulta del Dr. Primitivo del año 2009, cuyo informe al folio 172 del expediente, de fecha 29/10/2009, establece de nuevo el juicio diagnóstico de secuela de parálisis plexo braquial.

Frente a ello, el recurso de apelación sostiene que en modo alguno la acción estaba prescrita cuando el 31/01/2011 se presentó la reclamación, comenzando por la crítica del informe del médico forense que se limita a realizar una revisión retrospectiva del caso, " *sin que en modo alguno presuponga que los padres tuviesen total conocimiento (es decir tras el parto o momento de la lesión), de estar ante un daño consolidado e irreversible* ". A continuación, expone que la prescripción no puede sustentarse en el informe (ni en la declaración testifical) Don. Moises , pues el primer contacto que tiene con el menor es en el año 2010 (la reclamación se presenta en enero de 2011). Seguidamente, dedica un gran esfuerzo argumental para convencernos que en modo alguno puede aceptar la conclusión de la sentencia, esto es, que los padres conocían, al menos un año antes de la presentación de la reclamación, " *los elementos fácticos y jurídicos necesarios para poder ejercer la acción, sin que hubiera que esperar a los resultados de los actos médicos puramente paliativos a los que se ha sometido o se pueda someter en el futuro al menor* ". Y ello en base a los siguientes datos incontestables e incontrovertidos que constan en el proceso: (1) el informe de la Inspección de Servicio Sanitarios de la Junta de Extremadura, de fecha 01/06/2011, donde consta que la lesión del plexo braquial del tipo que nos ocupa (Erb- Duchene) se recupera " *el 70% entre los 3 y 13 meses* ", (2) el informe de remisión de junio de 2008 en el que consta que " *queda pendiente de futuras cirugías ortopédicas* " y (3) el informe Don. Primitivo de 29/10/2009 en el que aparece que en fecha 05/05/2009 se le incluye en lista quirúrgica para liberación del redondo mayor + menor + subescapular y que el 29/10/2009 se anula dicha intervención por estar la madre embarazada y " *le explico que si no hay incapacidad funcional no es necesaria intervención* ". Y sigue argumentando que, en ningún momento, en todo el tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta la presentación de la reclamación, a los padres se les informó de que estaban ante un proceso irreversible, por lo que no les es imputable una conducta de abandono, negligencia o indiferencia, trayendo a colación la teoría de la "actio nata", que exige el perfecto conocimiento de las consecuencias dañosas que el evento ha causado; o de otra forma, que sea posible conocer el alcance real del daño que se reclama, siendo fundamental a este respecto, como señala la STS de 20/12/2013 , " *la convicción por el tribunal sentenciador de que el afectado conocía el alcance definitivo de sus lesiones o secuelas del daño que reclama* ". Adiciona, seguidamente, que en fase administrativa no se planteó por la Administración la prescripción de la acción, que aparece sorpresivamente por primera vez con la contestación de la demanda, y que el niño fue sometido a intervenciones quirúrgicas en 2011 y 2013 que han supuesto una mejora sustancial en sus limitaciones, pasando a un estado de parcial dependencia, lo que ha supuesto una rebaja significativa en el quantum indemnizatorio solicitado, que de los 319.654 euros pedidos en sede administrativa, se ha pasado a los 194.144 euros del suplico de la demanda, proviniendo principalmente esta diferencia tanto de la no inclusión de factor corrector de perjuicio a familiares, como de la reducción de la cantidad solicitada por factor corrector de ayuda de tercera persona (si en la reclamación administrativa



inicial se pedía por este concepto la suma de 100.000 €; en la demanda, formalizada ya después de la última intervención quirúrgica y de la mejoría lograda por el menor en la funcionalidad del miembro, se solicita, habida cuenta de la reducción del estado de dependencia del menor para la realización de tareas cotidianas, la cifra de 40.000 €). Resulta evidente por ello, a su juicio, " que en este caso los tratamientos quirúrgicos a que se sometió el menor en 2011 y 2013 consiguieron aminorar los efectos de la parálisis braquial y mejorar la movilidad del miembro superior izquierdo reduciendo las limitaciones originadas por la lesión neurológica ". Finalmente, trae a colación la doctrina jurisprudencial consolidada que establece que " la aplicación no rigorista de la prescripción alcanza su más genuina expresión precisamente en el extremo relativo al término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino -como atinadamente señala la sentencia recurrida- en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impeditivos o extintivos del derecho en litigio " (SSTSS de 05/06/2003 y 10/03/1989)

SEGUNDO . - Planteado el conflicto sobre la prescripción en estos términos, traemos a colación la **STSJ de Galicia de 16/12/2015, rec. 259/2015**, que hace una ejemplar síntesis de la doctrina jurisprudencial al respecto cuando razona que:

" En relación con esta importante cuestión hemos de recordar, como también hace la sentencia de instancia, la distinción entre los daños permanentes y los continuados, como hace el T.S. en este Sentido se pronuncia, por ejemplo, la St. del T.S. 4 de mayo de 2015 (Recurso 2099/2013 Ponente: JESUS CUDERO BLAS) en la que el Alto Tribunal señala: "...jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 367/2011) distingue, en supuestos como el que nos ocupa, 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..."

El mismo T.S. en la sentencia de 7 de febrero de 2013 advierte en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente:

"...Una constante y reiterada jurisprudencia referida al cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial considera que el transcurso del plazo de prescripción para reclamar no puede iniciarse sino desde el momento en que el afectado conozca en su dimensión fáctica y jurídica el alcance de los perjuicios producidos. Y ello porque la aceptación por parte del Tribunal Supremo del principio de "actio nata" implica que el cómputo del plazo solo puede comenzar cuando la parte esté en disposición de poder ejercer la acción de resarcimiento, y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su propia ilegitimidad para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios..."

Es cierto que, como bien dice la representación de la parte codemandada que no puede estarse a la declaración de incapacidad por parte de la TGSS, ya que como también tiene establecido el T.S. en la St. de 13 de marzo de 2012 (Recurso: 6289/2010 Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI) en la que dijo:

"...La declaración de incapacidad permanente no va a incidir en la estabilización de las secuelas sino que los efectos que tiene son otros, y es evidente que el actor a partir del alta médica conocía que la lesión estaba estabilizada sin posibilidad de mayor curación."

En cualquier caso la determinación de la concurrencia o no de la prescripción dependerá de las circunstancias del caso, como también tiene indicado el mismo Tribunal en la St. de 22 de diciembre de 2014 (Recurso: 3178/2013 Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE), en la que en contraste entre dos sentencias dejó sentado lo siguiente:

"...TERCERO . La determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción parte de la teoría de la "actio nata" que, tal y como ha sido formulada por nuestra jurisprudencia, se basa en un completo conocimiento de las consecuencias dañosas que el evento le ha causado. La determinación de cuando es posible ejercitar la acción y, por lo tanto, cuando comienza el cómputo del plazo de prescripción, depende de las circunstancias de cada caso en concreto ... "

TERCERO . - Pues bien, a juicio de la Sala, cuando se presenta la reclamación administrativa había transcurrido en exceso el plazo anual desde que consta en el expediente que los padres conocían (o pudieron conocer) la dimensión fáctica y jurídica del alcance de los efectos definitivos de la lesión sufrida, que nosotros ciframos



a finales del año 2007 o primeros de 2008, cuando transcurre el plazo máximo de 13 meses que indica la Inspección Médica como tiempo de recuperación de la lesión del plexo braquial.

A partir de esa fecha el niño es derivado desde el Servicio de Rehabilitación del Área de Badajoz por alta, siendo trasladado al Área de Llerena para continuar el tratamiento rehabilitador.

Es decir, aunque en todo momento el niño recibió tratamiento meramente rehabilitador (en ningún momento consta que hubiera tratamiento neuroquirúrgico), aceptamos que los padres no fueron verdaderamente conscientes de que estaban ante una secuela estabilizada e irreversible hasta esa fecha, puesto que hasta entonces era teóricamente posible una regeneración espontánea del nervio afectado.

Pero a partir de esa fecha todos los informes hablan se "SECUELA DE PARALISIS PLEXO BRAQUIAL ALTA", como en el informe Don. Primitivo de 29/10/2009, sin que en ningún momento se mencione que estuviera pendiente de actuación alguna curativa o regenerativa del nervio, sino sólo de intervenciones ortopédicas o paliativas, como fue la prevista realizar en la inclusión de lista quirúrgica el 05/05/2009 (liberación del redondo mayor y menor) o la realizada en febrero de 2011 mediante las operaciones de trasferecia del dorsal ancho a supraespinoso más desinserción del músculo subescapular. Es decir, son operaciones reconstructivas del hombro para intentar mejorar su funcionalidad, que en nada afectan a la secuela de parálisis plexo braquial que permanece inalterable desde el nacimiento.

Confirma lo que decimos, a nuestro juicio, la propia actuación de la parte, que presenta su reclamación de responsabilidad patrimonial antes de que se lleve a cabo ninguna intervención paliativa, lo que demuestra que en modo alguno eran necesarias para conocer el alcance de la secuela, permaneciendo inalterable la pretensión económica derivada de los conceptos de "secuela funcional" y de perjuicio estético, sin que sea obstáculo alguno el que se haya minorado en la demanda el quantum indemnizatorio por el perjuicio de necesidad de ayuda de otra persona al haber mejorado la funcionalidad del hombro con las intervenciones paliativas.

Por lo expuesto el recurso de apelación debe ser rechazado.

CUARTO . - En cuanto a las costas de esta apelación, la Sala entiende que no procede su imposición a los recurrentes, puesto que hemos aceptado una fecha de dies a quo distinta de la establecida por la sentencia de instancia, lo que denota la problemática de su concreción.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a DOLORES FERNÁNDEZ SANZ, en nombre y representación de D^o Francisco y D^a Justa con la asistencia letrada de D^o ANTONIO FEIJOO MIRANDA contra la sentencia n^o 111/15, de fecha 22/09/2015, dictada por el Magistrado del Juzgado n^o 1 de Mérida, en sus autos PO 513/2013, cuya confirmación procede. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo que dictó la resolución impugnada que deberá acusar recibo dentro del término de diez días y déjese constancia en el rollo.

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