

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00587/2017

**Ponente: D. Julio Cesar Díaz Casales.**

**Recurso: Recurso de Apelación 164/2017.**

**Apelante:** xxxx

**Apelada:** Servizo Galego de Saúde.

**Apelada:** Zurich Insurance PLC.

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, presidente.**

**D<sup>ª</sup>. Dolores Rivera Frade**

**D. Julio Cesar Díaz Casales**

A Coruña, a 29 de noviembre de 2017.

En el recurso de apelación, pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por Dxxx, representado por la procuradora D<sup>ª</sup>. Noelia Núñez López y dirigido por la letrada D<sup>ª</sup>. Ana María Vázquez Vázquez, contra la sentencia 556/16 de fecha 7/12/2016, dictada en el procedimiento ordinario 628/2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Es parte apelada Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado del Servizo Galego de Saúde y la entidad Zurich Insurance PLC, representada por la Procuradora D<sup>ª</sup>. María Dolores Villar Pispieiro y dirigido por el Letrado D. Eduardo María Asensi Pallares.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Cesar Díaz Casales.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: “desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representante procesal de D. xxx, contra la resolución de la secretaría xeral técnica de la

Consellería de Sanidade de 25.08.15, que desestimó la reclamación indemnizatoria que formuló ante el

Servizo Galego de Saúde, por los daños y secuelas padecidas a consecuencia de una intervención médica, que confirmo”.

**SEGUNDO.-** Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**No se aceptan** los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que han de entenderse sustituidos por los que se pasan a exponer.

**PRIMERO.-** Resolución de Instancia objeto del recurso de apelación.

El objeto del presente recurso de apelación es la Sentencia 556/2016 de 7 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Santiago de Compostela en el Procedimiento Ordinario 628/2015, por la que se desestimó el recurso interpuesto por xxx contra la Resolución de 25 de agosto de 2015 por la que se desestima la reclamación de la responsabilidad patrimonial formulada en relación con la intervención de hernioplastia inguino-escrotal que le fue practicada el día 6 de marzo de 2013 en el Hospital Lucus Augusti.

**SEGUNDO.-** Objeto y fundamentos del recurso de apelación.

Por el apelante se fundamenta el recurso en que la Sentencia de instancia incurre en varios errores, señalando como tales: **1º.-** referir que el consentimiento informado fue firmado por la esposa del recurrente, cuando consta firmado por éste y no por su esposa (folios 18 y 20), en todo caso señala que el mismo es incorrecto porque no se señalan los riesgos personalizados derivados del gran tamaño de la hernia, pese a ser conocida por el cirujano; **2º.-** la llamada telefónica posterior a la intervención no es una “cortesía” del servicio, sino que se trata de una actuación protocolaria en las cirugías mayores ambulatorias, manteniendo que no se atendieron desde ese servicio debidamente los síntomas que presentaba el paciente, que refirió fiebre y dolor; **3º.-** la sentencia señala que durante la intervención no se produjo hematoma alguno, cuando no es durante la operación cuando se produce el hematoma, ya que el sangrado se evacua directamente, el drenaje se debió de haber colocado para evitar su formación posterior, cuando resulta previsible dado el tamaño de la hernia, como señaló el perito Sr. C.I. y reconoció en su informe el Cirujano Jefe DR. C.V. Insiste el apelante que del tamaño de la hernia, debió preverse la posibilidad de formación de un hematoma y la colación de un drenaje, por lo que entiende que el abordaje a través la cirugía ambulatoria no resultaba indicada.

En cuanto a la cantidad reclamada, el recurrente después de referir que en su contestación la Cía. Zurich interesaba de modo subsidiario que la reclamación no debía superar los 3

38.000 €, pero cuantifica la cantidad en 62.622,39 € -en lugar de los 77.622,39 reclamados inicialmente-.

En atención a lo expuesto termina interesando la estimación del recurso, la revocación de la sentencia y la estimación de la reclamación en la suma de 62.622,39 €, más los intereses y costas.

**TERCERO.-** Oposición al recurso de apelación por las apeladas.

Por la Xunta de Galicia se opuso al recurso señalando que la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de instancia fue correcta, toda vez que consta en el expediente el consentimiento informado en el que se indica la posibilidad de una atrofia testicular e reintervención, que fue lo que terminó ocurriendo, no constando ni más llamadas telefónicas los días posteriores a la intervención, ni la necesidad de la colocación de un drenaje, por la inexistencia de hematoma. Subsidiariamente señala que la cuantificación de los perjuicios es incorrecta, ya que el recurrente solo estuvo 4 días de hospitalización y 30 improductivos, por lo que por dichos conceptos sale la mitad de la cantidad reclamada; no puede considerarse como perjuicio estético moderado la pérdida de un testículo, también resulta exagerada la indemnización reclamada por la pérdida del testículo, habida cuenta de que siendo su finalidad reproductiva, con la edad del paciente se debe minorar la cantidad y no cabe indemnización adicional por daños morales cuando en el baremo ya se incluyen.

Por su parte la Cía. Aseguradora ZURICH se opuso al recurso, ya que no existe ni déficit de información y el recurrente no presentó síntomas que pudieran hacer sospechar las complicaciones postoperatorias hasta el 14 de marzo, que acudió a Urgencias con el cuadro de atrofia testicular, cuando el cuadro ya era irreversible. Subsidiariamente, señala que la pérdida de un testículo conforme a la Regla 1.7 del Baremo le corresponden entre 20 y 30 puntos, a lo que correspondería una indemnización de entre 21.110,4 € y 54.711,9 €, señalando que en este caso le correspondería una indemnización máxima del 50% que cifra en 10.555,2 €.

**CUARTO.-** De los antecedentes que resultan del expediente.

Para resolver la cuestión controvertida parece razonable por comenzar sistematizando brevemente los antecedentes que resultan del expediente:

1.- El día 6 de marzo de 2013 el recurrente, nacido el xxx de octubre de 1.957, fue sometido a una hernioplastia inguinal derecha, implantándosele una malla PHS, en la Unidad de Cirugía Mayor Ambulatoria del Hospital Lucus Augusti de Lugo, siendo dado de alta ese mismo día con cita para revisión en consultas externas el 18 de marzo de 2013.

En el consentimiento informado para la informado para cirugía abierta de hernia se consigna:

*Riesgos poco frecuentes y graves: Dolor postoperatorio prolongado por afectación nervios. Rechazo de la malla. Reproducción de la hernia. En hernias inguinales: Inflamación y atrofia testicular. Lesión vascular.*

En el protocolo quirúrgico se contiene la siguiente indicación:

*“...Apertura por planos. Identificación y aislamiento del cordón inguinal y sus elementos. Liberación y reducción del saco herniario con apertura accidental que es cerrada con Vycril 3/0. Colocación de malla PHS-L y fijación de la misma con puntos sueltos de Vycril 2/0. Cierre por planos. Piel grapas...”*

2.- Al día siguiente recibe una llamada telefónica manifestando que tiene febrícula (<38ª) y dolor en la zona, por lo que se le recomienda seguir con los analgésicos y acudir a urgencias si se incrementa la temperatura.

De conformidad con el protocolo de actuación en las cirugías ambulatorias está programada una llamada telefónica para valorar el estado general del paciente y se dispone de un teléfono de atención las 24 horas para resolver las dudas de los pacientes.

Entre las recomendaciones que se les indica que sí tiene fiebre superior a 38º, mucho dolor que no cede con analgésicos puede llamar a un número de teléfono o acudir a Urgencias del Hospital Lucus Augusti.

3.- El día 9 de marzo en el Centro de Salud de Palas de Rei, se le receta CIPROFLOXACINO MABO 500 MG.

El día 14 vuelve al Centro de Salud, en este caso de Monterroso desde el que es remitido a urgencias.

4.- El día 14 de marzo acude al servicio de urgencias de HULA, se realiza una exploración quirúrgica de la herida, se realiza un Doppler intraoperatorio y al no observarse flujo tras 30' de liberación del cordón se procedió a la orquiectomía.

El día 18 es dado de alta.

**QUINTO.-** De la valoración de la prueba practicada en al instancia.

En el presente caso el apelante incide en su recurso de apelación en dos circunstancias que acreditan un error de apreciación del Juzgador pero que resultan irrelevantes, cuales son: **1º)** que el consentimiento informado está firmado por la esposa del recurrente, cuando consta del documento obrante en el expediente que fue el propio recurrente el que estampó su firma en el mismo y **2º)** que en el referido documento no constan los riesgos personalizados entre los que, a juicio del perito Dr. C.I., debía figurar, al menos, el gran tamaño de la hernia. 5

De conformidad con la Ley 3/2001 reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, después de definir el consentimiento informado en el Art. 3 y de reiterar que ha de ser escrito para las intervenciones quirúrgicas, determina en su Art. 8:

*“...1.- El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita.*

*2.- La información será verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente, continuada, razonable y suficiente.*

3.- *La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente.*

4.- *La información será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente.*

5.- *La información deberá incluir:*

- *Identificación y descripción del procedimiento.*
- *Objetivo del mismo.*
- *Beneficios que se esperan alcanzar.*
- *Alternativas razonables a dicho procedimiento.*
- *Consecuencias previsibles de su realización.*
- *Consecuencias de la no realización del procedimiento.*
- *Riesgos frecuentes.*
- *Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia.*
- *Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente.*
- *Contraindicaciones..."*

En el presente caso, como advertimos, resulta que el documento del consentimiento está firmado por el recurrente y su esposa declaró que lo acompañaba cuando el Dr. C. les facilitó la información, advirtiéndoles que se trataba de una hernia de gran tamaño, por lo que hemos de concluir que se le informó verbalmente por el cirujano. Por su parte el Perito Dr. C.L. señaló que el tamaño de la hernia no supone un riesgo personalizado que debiera figurar en el consentimiento, porque es normal.

En la demanda y en el recurso de apelación insiste el recurrente en defender la existencia de un supuesto de mala praxis manteniendo un argumento circular. Cual es que por el tamaño de la hernia, que hacía previsible la producción de hemorragias, resultaba imprescindible la colocación de un drenaje lo que habría descartado el abordaje de la intervención a través de una cirugía ambulatoria e imprescindible una intervención hospitalaria, lo que hubiese facilitado el seguimiento de la intervención y, a la postre, evitado el resultado. Este planteamiento fue defendido con vehemencia por el perito, el Dr. D. L.S.C.I., especialista en valoración del daño corporal, quien, a su vez, busca su apoyo en los informes obrantes en el expediente y que, en parte, dejamos referidos en el anterior fundamento,

pero que básicamente son los siguientes: **a)** la cirugía no fue limpia, ya que se afirma que hubo una rotura accidental del saco herniario; **b)** resultando evidente la formación del hematoma lo correcto hubiese sido haber dejado un drenaje e ingresado durante 24 horas, ya que una de las funciones básicas de la medicina es la prevención; **c)** el informe del Dr. C. señala que en las

hernias inguino escrotal de gran tamaño es muy frecuente la formación de hematomas que ocupan el testículo, por lo que entiendo que debió prevenirse su formación mediante el drenaje y la observación hospitalaria, además de la utilización de un suspensorio, como modo de evitar la tensión testicular.

En la sentencia de instancia se echa en falta un mayor examen de este informe, en cualquier caso en la sentencia se contiene una afirmación que nadie discute y es que existe una relación de causalidad entre la hernioplastia y la pérdida del testículo, al ser ésta una consecuencia de la necrosis debida a la interrupción del flujo sanguíneo por la compresión de la arteria testicular como consecuencia del sangrado residual de la cirugía de la hernia.

Pero el perito, cuyo informe aportó el recurrente, el Dr. C.I., incurre en un error a la hora de determinar la existencia o no de negligencia, que es que examina la actuación médica en función de los resultados producidos y que ahora nos resultan conocidos, cuando habría de colocarse ex ante de la intervención y determinar sí en base a la situación existente entonces debió abordarse la situación del paciente de otra forma, habida cuenta de que el T.S. en la St., entre otras, de S 19 de mayo de 2015 (rec. 4397/2010) tiene declarado:

*"...que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas 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 ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados..."*

En el presente caso, resulta que no está acreditado que exista una mala praxis en la intervención de hernia al que fue sometido el recurrente. La contradicción entre los peritos no permite concluir que la rotura del saco que contenía la hernia lo fuera. No obstante, no queda acreditado que en el seguimiento del postoperatorio se hubiese abordado la sintomatología que presentaba el paciente de modo correcto, toda vez que ya en la primera llamada el paciente advirtió de 7

febrícula persistente, pero tampoco éste acudió al servicio de urgencias del Hospital donde fue operado, aunque sí lo hizo en dos ocasiones a otros tantos centros de salud, en el que se le pautaron antibióticos, lo que nos sitúa en la incertidumbre de desconocer cuál hubiese sido el resultado de haberse adoptado otras decisiones en ese momento, esto es, que desde los centros de salud se optara por derivarlo a urgencias o que el paciente directamente, lo que ha venido en llamarse pérdida de alternativas terapéuticas, que viene caracterizada por el T.S. en la St. de 3 de julio de 2012 (Recaída en el Recurso 6787/2010) en los siguientes términos:

*"...la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado 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 ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo..."*

En este aspecto hemos de advertir que concurren dos circunstancias, por una parte, los profesionales médicos que le atendieron no lo derivaron a Urgencias, prescribiéndole una pauta antibiótica en dos ocasiones y, por otra, el recurrente que fue advertido de que en caso de persistir el dolor había de acudir a Urgencias del propio Centro Hospitalario Lucus Augusti no lo hizo, prefiriendo acudir al servicio de urgencias de un punto de atención continuada (PAC), por ello lo procedente en este caso es rebajar la indemnización interesada prudentemente a la cantidad total de 20.000 € por todos los conceptos (días de curación y hospitalización, pérdida de testículo y factor de corrección), sin que quepa considerar perjuicio estético alguno por razón, en principio de la falta de visibilidad de la cicatriz quirúrgica y no acreditarse que sufriera un empeoramiento en referencia a la operación de hernia inicial.

**SEXTO.-** Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso no procede su imposición.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** en parte el recurso interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. NOELIA NÚÑEZ LÓPEZ en nombre y representación de xxxx, contra Sentencia 556/2016 de 7 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Santiago de Compostela en el Procedimiento Ordinario 628/2015, **REVOCANDO LA MISMA y ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA** en el sentido de que el recurrente deberá ser indemnizado en la cantidad de 20.000 €, con los intereses legales desde la fecha de formulación de la reclamación (5/3/2014), sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0164-17), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.