

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

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00172/2018

**Ponente: D. BENIGNO LOPEZ GONZALEZ**

**Recurso: Apelación 353/17**

**Apelante:** Don xxx y don xxx

**Apelada:** Consellería de Sanidad – SERGAS

**Codemandada:** Zurich Insurance PLC, Sucursal en España

**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. Benigno López González, Pte.**

**D<sup>a</sup> Blanca María Fernández Conde**

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

A Coruña, a 11 de abril de 2018.

En el recurso de apelación 353/17 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por Don xxx y don xxx, representados respectivamente por los procuradores don Jose A. Gómez Calvin y don Iago Espasandín Barreiro, dirigidos por el letrado don Francisco Javier Trio Frieiro contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2017 dictada en el Procedimiento Ordinario 169/15 por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Ferrol sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Es parte apelada la Consellería de Sanidad - SERGAS, representada y dirigida por el Letrado del Sergas y siendo codemandada la compañía Zurich Insurance PLC, Sucursal en España representada por el procurador doña Ana Vázquez Corte y defendida por el Letrado don Eduardo María Asensi Pallares .

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Benigno López González

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: *“Que debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso-*

*administrativo interpuesto por el letrado D. Alberto Pérez Bermudez, en nombre y representación de don xxx y D. xxx, frente a la desestimación, inicialmente presunta y posteriormente expresa, de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los demandantes el día 8 de febrero de 2014; condenando al Sergas, y de manera solidaria a Zurich Insurance PLC a abonar a D. xxxx en la suma de 12.000 euros y a D. xxxx, en la suma de 2.000 euros; sin imposición de costas.”*

**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 DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en lo que no contradigan a los de la presente sentencia, y

**PRIMERO.-** Don xxx y su hijo don xxx interpusieron recurso contencioso administrativo inicialmente contra la desestimación por silencio administrativo y, posteriormente, frente a la resolución expresa de la Consellería de Sanidad, de fecha 31 de julio de 2015, por la que se desestimó solicitud deducida por los actores en reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, en relación a la asistencia recibida por su esposa y madre doña xxx, determinante de su fallecimiento, que cuantifican en la cantidad de 94.620,17 euros para el progenitor y en la de 10.513.35 euros para su hijo; todo ello con abono de los intereses legales correspondientes.

Disconformes, primero, con la falta de respuesta a su pretensión y, después, con la expresa denegación de la misma, los demandantes acudieron a la Jurisdicción, y el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Ferrol, por sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, estimó en parte el recurso, anuló el acto administrativo impugnado por entenderlo contrario al ordenamiento jurídico y condenó a la Administración demandada, con solidaria responsabilidad de la entidad Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, a satisfacer a los actores las cantidades de 12.000 euros para don xxx y de 2.000 euros para don xxx, por todos los conceptos reclamados.

Contra dicha sentencia, la representación demandante promueve el presente recurso de apelación interesando su revocación y que, en su lugar, se dicte otra por la que se acojan íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda rectora.

Los impugnantes fundan su reclamación resarcitoria en que, en su opinión, la sentencia apelada evidencia error en la valoración de la prueba, al concurrir, en el presente supuesto, los requisitos exigidos por los artículo 106.2 de la Constitución española y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que reconocen el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Consideran que, en el caso enjuiciado, se aprecia una manifiesta infracción de la *lex artis* en la asistencia prestada a la Sra. xxx.

Intentan los demandantes, en esta alzada, empleando la misma argumentación hecha valer en la instancia precedente, que se lleve a cabo un nuevo debate sobre cuestiones ya enjuiciadas y valoradas en la sentencia que se recurre. Olvida dicha representación que el hecho de no estar de acuerdo con el contenido de la resolución no justifica, sin más, un nuevo y minucioso análisis de la prueba practicada, cuyo resultado sirvió de fundamento a la misma, cuando aquella fue objeto de exhaustivo estudio, con la requerida inmediación judicial, y aparece debidamente explicitada a través de una motivación lógica y razonada.

**SEGUNDO.**- Sostienen los actores que, en fecha 13 de diciembre de 2012 doña xxx, de 73 años de edad, ingresó en el Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, para ser intervenida, al día siguiente, de tiroidectomía total por bocio multinodular, tal y como habían recomendado los Servicios de Endocrinología y Medicina Interna del mismo Centro Hospitalario, a la vista del informe gammagráfico emitido por el Centro Oncológico de Galicia el 1 de febrero de 2012, en el que se diagnosticaba la presencia de un bocio multinodular.

El 15 de octubre de 2012 le habían sido realizadas las pruebas preoperatorias y el 26 de abril anterior, tras la información recibida, había prestado su consentimiento para la intervención.

Practicada la operación, dos meses después de las pruebas preoperatorias, se les comunicó a los actores que, en el curso de la intervención, se habían dañado los nervios recurrentes de la paciente lo que le provocaba una paralización de las cuerdas vocales al tiempo que presentaba dificultad respiratoria con sibilancias y estridor. Al agravarse su estado, el 16 de diciembre de 2012 se le practicó una traqueotomía a la que prestó su consentimiento la paciente sin que se sepa cómo se obtuvo el mismo dadas las condiciones físicas de aquella.

Destacan los actores que en el consentimiento informado prestado por la Sra. Xxx el día 26 de abril de 2012 para someterse a la intervención de tiroidectomía, ninguna referencia se hacía a la posible afectación de nervios recurrentes ni a la realización de una traqueotomía.

De lo expuesto, los demandantes deducen la existencia de una mala praxis en la asistencia recibida por su esposa y madre, cuyo estado fue agravándose paulatinamente hasta su fallecimiento acaecido el 11 de febrero de 2013, por lo que, existiendo un daño antijurídico, un resultado lesivo y una relación de causa a efecto entre ambos, concurren los presupuestos precisos para el éxito de su pretensión resarcitoria.

**TERCERO.**- Con estos antecedentes y planteada la *litis* en estos términos, se hace preciso concretar dos cuestiones. En primer lugar, si pudo existir responsabilidad patrimonial de la parte demandada, lo que nos lleva a examinar la concurrencia de los requisitos establecidos para que se produzca ese nacimiento. En segundo lugar, y para el caso de afirmar la existencia de dicha responsabilidad, si en el supuesto de autos se puede, en su caso, reconocer cantidad alguna en favor de los demandantes por ese concepto. El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que ya venía previsto con anterioridad en similares términos por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de

1954, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1957, y está recogido igualmente en el artículo 106.2 de la Constitución. En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo - entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1988, 12 de febrero, 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de 1991, 2 de febrero y 27 de noviembre de 1993-, ha estimado que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos: 1.- Hecho imputable a la Administración. 2.- Lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. 3.- Relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4.- Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. O como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y 15 de diciembre de 1986, 29 de mayo, 17 de febrero y 14 de septiembre de 1989, para que nazca dicha responsabilidad era necesaria "una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y una relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba a quien reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración".

Debemos, verificar, por tanto, si en el supuesto de autos concurren esos requisitos.

**CUARTO.**- Basta leer la sentencia recurrida para concluir que la Juzgadora de instancia realizó un acabado y detallado análisis de la prueba practicada, valorándola en su conjunto y con arreglo a las normas de la sana crítica. Dada la naturaleza del debate, lógico resulta que se hiciera especial hincapié en los informes técnicos emitidos por los profesionales médicos, puestos en relación con el resto del bagaje probatorio obrante en las actuaciones.

Es evidente y ni siquiera lo cuestiona la parte recurrente, que la indicación de intervención quirúrgica para la práctica de la tiroidectomía total fue de todo punto correcta y adecuada.

En lo que se refiere a la afectación de los nervios recurrentes, la Dra. xxx, Jefe del Servicio de Cirugía, afirma que entre las complicaciones más comunes de una tiroidectomía, se hallan la de sufrir una hemorragia, una lesión de los nervios recurrentes y de las paratiroides; que la lesión de los nervios recurrentes presenta, en las tiroidectomías, una frecuencia de un 3% que se acentúa cuando se trata de cirugía de bocio intratorácico, lesión que puede ser temporal o definitiva. Y el Dr. xxx añade que tales complicaciones aparecen perfecta y claramente recogidas en el documento que utiliza el centro para las intervenciones de tiroidectomía. Cobran también especial interés los testimonios de la Endocrinóloga Dra. xxx, del Dr. xxx que depuso a instancia de la entidad aseguradora y de la Médico Forense que resaltó que la lesión bilateral del nervio recurrente, pese a su excepcionalidad, es una complicación descrita y propia de esa cirugía; recalcó que no se trató de un error del cirujano, sino que fue una desgraciada consecuencia derivada de las características del bocio de la paciente y que si bien se empleó la monitorización para evitar la lesión del nervio recurrente, ello no supone una garantía de que no llegue a producirse.

En cuanto a otras complicaciones surgidas con posterioridad a la operación quirúrgica, las mismas fueron afrontadas por los servicios médicos con total premura y adecuación, con independencia del desgraciado resultado final producido.

La Médico Forense del IMELGA, Dra. xxx, explicó, en sede judicial, que la producción de una hemorragia en la herida quirúrgica se solventa con puntos de sutura; que la canalización de la vía subclavia puede provocar una complicación de anemia, pero, en el caso que nos ocupa, no cabe hablar de mala técnica de canalización de la vía, pues la paciente, según se recoge en su informe clínico, presentaba dificultades para esa canalización dado el estado de sus venas, por patologías previas, como la insuficiencia renal crónica que padecía. Y esas patologías previas (hipertensión, obesidad, colelitiasis, hipercolesterolemia, bocio multinodular hiperfuncionante y, desde 1993, síndrome nefrítico por vasculitis, secundario a artritis reumatoide, presentando, según reflejó la biopsia renal, una amitoïdosis renal), perfectamente atendidas a medida que iban exteriorizándose y manifestándose en nuevos problemas clínicos, fueron, a la postre, las determinantes del *exitus* de la paciente por su deficitario estado de salud frente a lo que nada pudo hacer la Medicina.

Y así lo ratifica la Dra. xxx al señalar que las dificultades para la canalización de la vía derivaban de la deficiente calidad del sistema venoso de la Sra. xxx y que la anemia presentada posteriormente puede traer causa de múltiples factores inherentes a una paciente sometida a larga estancia hospitalaria. Igual afirmación emana del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital, en cuanto sostiene que, en todo momento, se cumplieron los protocolos de rigor, sin que pueda afirmarse que el proceso infeccioso aparecido respondiese a un contagio hospitalario o derivase de las propias deficiencias físicas de la finada.

En consecuencia, cabe afirmar que no se ha producido la infracción de la *lex artis* que denunciaban los recurrentes, los cuales no han esgrimido una prueba concluyente en contrario que haga variar el acertado criterio mantenido por la Juez de instancia y ratificado, ahora, por este Tribunal.

**QUINTO.-** Pero así como no se aprecia mala praxis asistencial por parte de los servicios públicos sanitarios, sí se observan, en cambio, deficiencias en la información suministrada a la paciente tendente a obtener su consentimiento para las diferentes prácticas médicas que se le han aplicado. En fecha 26 de abril de 2012 se informó verbalmente a la Sra. xxx acerca de la indicación quirúrgica y de las posibles complicaciones por la patología asociada que presentaba y, conforme concreta el Dr. xxxx, las complicaciones surgidas estaban contempladas y recogidas en el documento de consentimiento informado de tiroidectomía que habitualmente utiliza el centro hospitalario.

No obstante, en el documento suscrito por la paciente se refieren tan solo, en su apartado 4º, como efectos poco graves y frecuentes: infección, sangrado o alteraciones en la cicatrización de la herida quirúrgica; calambres y hormigueos transitorios en la mano que ceden con tratamiento. Y como alteraciones poco frecuentes y graves: hematomas importantes en el cuello, alteraciones permanentes de la voz, alteraciones permanentes de paratiroides y recidiva de la enfermedad. Se añade que el médico le ha explicado a la paciente que si bien esas complicaciones se resuelven habitualmente con tratamiento médico, pueden en algunos casos requerir reintervención quirúrgica de urgencia, con leve riesgo de mortalidad. Se exponía también (apartado 5º) que las patologías que presentaba la paciente aumentaban la frecuencia o la gravedad de dichos riesgos.

Cierto es lo que señala el Dr. xxx en lo que afecta al uso normal en el centro de un impreso de consentimiento informado para tiroidectomía en el que se constatan otras posibles complicaciones, entre ellas, la paralización de las dos cuerdas vocales, generadora de asfixia, tributaria de traqueotomía, hipocalcemia por alteración de glándulas paratiroideas anexas a la glándula tiroides, hipotiroidismo y sangrado de la herida. Pero no lo es menos que dicho documento no aparece firmado por la interesada, estando en blanco el recuadro correspondiente al nº de historial clínico e identificación de la paciente. Razón por la que, aun teniendo por cumplimentado el exigible trámite informativo, el mismo resulta a todas luces insuficiente; y esa insuficiencia justifica la apreciación de un perjuicio o daño moral para los actores que hace viable el abono de una indemnización resarcitoria.

**SEXTO.**- Y a esa misma conclusión llegó la Juez *a quo*, cuando estableció, tras ponderar adecuadamente que la ausencia de alternativas a la quirúrgica indicada, limitaba la capacidad de la paciente de optar por otra vía de curación, un montante indemnizatorio, en favor de cada uno de los demandantes, atendiendo, a la hora de cuantificarlo, a la distinta condición de esposo e hijo de la fallecida, señalando, respectivamente, las sumas de 12.000 y de 2.000 euros.

Este Tribunal comparte plenamente ese criterio, pero difiere del contenido de la sentencia apelada y de la decisión mantenida por la Juez de instancia, al entender que la valoración de los perjuicios derivados del daño padecido, ha de ser tasada en cantidad superior teniendo en cuenta los baremos en que habitualmente se mueve esta Sala en supuestos análogos; siguiendo esta pauta se considera más ajustado indemnizar, por todo los conceptos, incluida actualización y abono de intereses legales, a los recurrentes en las sumas de 25.000 euros para el esposo y de 5.000 euros para el hijo de la fallecida.

Por tal razón, procede estimar el recurso de apelación promovido

**SÉPTIMO.**- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998, al estimarse el recurso no procede hacer imposición de las costas procesales

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS** estimar el recurso de apelación interpuesto por **don xxx y don xxx**, y revocar parcialmente la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Ferrol, en fecha 2 de mayo 2017.

Acoger en parte la demanda en su día promovida, y condenar a la Administración a satisfacer, con solidaria responsabilidad de la entidad Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, a don xxx la cantidad de 25.000 euros, y a don xxx la de 5.000 euros, por todos los conceptos. No hacer imposición de las costas procesales causadas.

Desestimar la demanda rectora en todo lo demás y en cuanto al exceso económico pretendido.

No hacer imposición de las costas procesales causadas.

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 dé 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 (1570-0000-85-0353-17), 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.