



Roj: **STSJ GAL 357/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:357**

Id Cendoj: **15030330012019100017**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **385/2018**

Nº de Resolución: **30/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00030/2019**

**Ponente: Doña María Dolores Rivera Frade**

**Recurso de Apelación número 385/2018**

Apelantes-Apelados: Servizo Galego de Saúde, Don Jose Manuel , Doña Noelia

Apelada: Hospital Miguel Dominguez SL y MAPFRE España Cia. Seguros y Reaseguros

**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. Magistrados**

**Don Fernando Seoane Pesqueira, presidente**

**Doña Blanca María Fernández Conde**

**Doña María Dolores Rivera Frade**

En la ciudad de A Coruña, a 23 de enero de 2019.

En el recurso de apelación 385/2018 de esta Sala, interpuesto por Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado del SERGAS, Don Jose Manuel y Doña Noelia , representados por la procuradora Doña Blanca Pedrera Fidalgo y asistidos por el letrado Don Eugenio Moure Gonzalez contra sentencia de fecha 22 de junio de 2018 dictada en el procedimiento ordinario 291/2015 por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de los de Santiago de Compostela , sobre responsabilidad patrimonial. Es parte apelada el Hospital Miguel Dominguez S.L., representado por el procurador Don Jose Manuel y asistido por el letrado Don Antonio de Sas Fojón; así como MAPFRE ESPAÑA Cia. Seguros y Reaseguros, representada por el procurador Don José Paz Montero y asistido del letrado Don Antonio de Sas Fojón. Asimismo, las tres partes apelantes son igualmente apeladas.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña María Dolores Rivera Frade.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que, con estimación parcial del recurso contencioso administrativo, presentado por el abogado Don Eugenio Moure González, actuando en nombre y representación del recurrente Don Jose Manuel y Doña Noelia , contra el SERGAS, debo declarar y declaro la no conformidad a derecho de la resolución





impugnada; condenando a la Administración demandada, a abonar a Don Jose Manuel 10.000 euros e intereses legales, y a Doña Noelia en cantidad de que se acredite en ejecución de sentencia en concepto de gastos de fecundación artificial".

**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 JURÍDICOS

**NO SE ACEPTAN** los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en cuanto se contradigan con lo que a continuación se pasa a exponer, y

### **PRIMERO** .- **Objetode los recursos de apelación y motivos en los que se sustentan:**

Los servicios jurídicos del Servizo Galego de Saúde, por una parte, y Don Jose Manuel y Doña Noelia, por otra, recurren en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Santiago de Compostela, en los autos de procedimiento ordinario número 291/15, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a Don Jose Manuel en el mes de marzo de 2013, en el Hospital "Miguel Domínguez" de Pontevedra, practicándole por error una vasectomía.

La juez de instancia estimó parcialmente el recurso, declaró la no conformidad a derecho de la resolución impugnada y condenó a la Administración demandada a abonar al Sr. Jose Manuel el importe de 10.000 € más intereses legales, y a su esposa la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia en concepto de gastos de fecundación artificial.

Se basa para ello la juzgadora *a quo*, en síntesis, en que al Sr. Jose Manuel le fue practicada por error en el centro privado concertado "hospital Miguel Domínguez" de Pontevedra, una vasectomía en lugar de realizársele la circuncisión indicada, previo diagnóstico de fimosis; y que sobre tales hechos recayó sentencia penal condenatoria, de modo que en esta Jurisdicción únicamente se reclaman 100.000 € por Don Jose Manuel por la lesión de su derecho a la autodeterminación personal en cuanto que su consentimiento lo prestó para un intervención de "fimosis" y no para una "vasectomía", y otros 100.000 € para su esposa Doña Noelia por los costes económicos que representa una fecundación artificial.

La sentencia de instancia reconoció al esposo una indemnización de 10.000 € por defecto de consentimiento informado "teniendo en cuenta las circunstancias", y a la esposa una indemnización en concepto de gastos de fecundación artificial que se acrediten en ejecución de sentencia, pues si bien no se ha demostrado la imposibilidad de la demandante de tener más hijos, sí la necesidad de acudir a técnicas de reproducción asistida.

Frente a estos pronunciamientos tanto los recurrentes en la primera instancia como el Sergas interponen sendos recursos de apelación.

Por una parte, el letrado del Sergas alega en su recurso, también en síntesis, que el daño causado por la asistencia sanitaria prestada al Sr. Jose Manuel ya fue valorado en su conjunto y resarcido también en su integridad en la sentencia judicial firme recaída en la vía penal, sin que en la vía contenciosa se pueda reconocer una indemnización adicional por determinados conceptos de este daño. Y subsidiariamente alega que no han quedado justificados realmente los conceptos por los que la sentencia dice que los recurrentes deben de ser indemnizados.

Por otra parte, Don Jose Manuel y esposa interponen recurso de apelación contra la sentencia de instancia al considerar insuficiente las indemnizaciones concedidas, pues en el caso de Don Jose Manuel, se alega que es más grave el daño moral causado a quien se opera de aquello distinto de lo que consintió, del causado a quien se omite determinada información que condiciona su capacidad de decisión en relación a un proceso terapéutico consensuado previamente.

Y en el caso de Dona Noelia, se alega que estando su marido estéril funcionalmente queda privada del derecho a una nueva maternidad salvo que se someta a técnicas de reproducción asistida, con el alto coste económico, esfuerzo personal y posibilidad de abortos o embarazos gemelares, por lo que no solo debe ser resarcida por el daño patrimonial, sino también por el daño moral sufrido.

**SEGUNDO** .- **Sobre la inadmisión del recurso de apelación presentado por los servicios jurídicos del Sergas, por razón de la cuantía:**





La primera cuestión que debe ser objeto de análisis en esta alzada es la de la admisibilidad del recurso de apelación presentado por los servicios jurídicos del Sergas, por razón de la cuantía, que fue planteada de contrario.

Como ha reiterado esta Sala en sentencias anteriores, entre las que podemos destacar la de 1 de junio de 2016 (Recurso número 57/2016 ), el análisis de dicha cuestión pertenece al orden público procesal, y habrá de ser analizada de forma obligatoria y prioritaria a cualquiera otra.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 precisa que:

*" el órgano jurisdiccional puede, en cualquier momento del proceso, incluso de oficio, determinar su cuantía ya que se trata de una materia de orden público, especialmente cuando de ello depende la procedencia o improcedencia de los recursos de apelación o casación, el cual no puede quedar al arbitrio de las partes "*.

Por consiguiente, no existe limitación alguna para que la Sala se pronuncie sobre la cuantía del recurso y sin que nuestro criterio haya de estar condicionado por lo fijado en la primera instancia, pues predomina el carácter de cuestión de orden público de la materia que nos incumbe.

Recordaremos que el derecho a la segunda instancia es un derecho de configuración legal, sometido por tanto a los requisitos y condiciones que la ley y la jurisprudencia que la aplica e interpreta establecen, de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho con la resolución dictada en única instancia aunque contra ella no quepa apelación.

Las SSTC 109/1987 o 322/1993 indican que:

*" la Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal "*.

En esta línea se pronuncia el ilustrativo auto del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2011 (rec. 47/2011 ).

Así, la cuantía litigiosa no es la querida por las partes ni la apuntada por la sentencia de instancia sino la real, como precisa la STS de 8 de julio de 2002 (rec. 9062/1997 ) que remarca que resulta *" irrelevante a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación por razón de cuantía, que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada, siempre naturalmente que la cuantía sea estimable e inferior al límite establecido "*, pronunciamiento que, mutatis mutandis, es plenamente aplicable al recurso de apelación.

Uno de los presupuestos para admitir el recurso de apelación es que la sentencia o resolución que se pretenda impugnar por esta vía sea susceptible de dicho recurso.

Y en este sentido el artículo 81.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa dispone que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros, tras la reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de octubre de Agilización procesal.

El citado precepto debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista que conduce a la conclusión de que la limitación de la cuantía a 30.000 euros pretende evitar que los pleitos de menor entidad tengan acceso al recurso de apelación que, de este modo, queda limitado a aquellas cuestiones de especial relieve o trascendencia, siendo una forma de definir dicha trascendencia precisamente la cuantía del procedimiento.

Pues bien, en el presente caso, y desde el momento en que el recurso de apelación presentado por el Sergas frente al pronunciamiento que le condena a abonar a don Jose Manuel , representa una cuantía de 10.000 €, al coincidir con la cantidad reconocida a favor de aquel en concepto de indemnización, resulta inadmisibles por no superar los 30.000 €.

Sin embargo no se puede decir lo mismo respecto del recurso dirigido frente al pronunciamiento que le condena a indemnizar a doña Noelia en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia en concepto de gastos de fecundación *in vitro* , pues es la propia actora quien en su escrito de oposición al recurso de apelación alega que aportó al procedimiento presupuestos de estos gastos, que si bien sumados no alcanzan la cifra de 10.000 €, sin embargo añade que esta cantidad puede incrementarse si con los primeros ciclos de inseminación artificial (el coste del primer ciclo de fecundación *in vitro* es de 4995 €, y el de cada ciclo posterior es de 4200 €) no se consigue el embarazo; lo que convierte la cuantía del recurso en indeterminada, y por ello, en admisible el recurso de apelación presentado por el letrado del Sergas frente al pronunciamiento que nos ha ocupado.

**TERCERO** .- Recurso de apelación presentado por Don Jose Manuel :

Obra unida a las actuaciones la Sentencia dictada por el Juzgado de lo penal número tres de Pontevedra, de 29 de junio de 2016 , en el procedimiento abreviado número 50/2016 seguido contra don Leopoldo





médico especialista en urología que anotó erróneamente en la solicitud de quirófano que el Sr. Jose Manuel fuera intervenido de vasectomía y no de fimosis; facultativo que fue condenado como autor penalmente responsable de un delito de lesiones por imprudencia grave. Este pronunciamiento fue confirmado por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia de 24 de julio de 2017 .

En concepto de responsabilidad civil se condenó al acusado a indemnizar a don Jose Manuel la cantidad de 15.429,82 €, con la responsabilidad civil directa y solidaria de las aseguradoras AMA y Mapfre, y subsidiaria del hospital Miguel Domínguez.

Por la vía de la responsabilidad civil el Sr. Jose Manuel solicitó en el proceso penal una indemnización a tanto alzado de 150.000 €, pero tan solo fue indemnizado en la cantidad total de 15.429,82 € por el día de hospitalización, por los días impeditivos, por la secuela consistente en el estrés postraumático muy leve, y por gastos sanitarios.

En cuanto a la recuperación de la fertilidad, en la sentencia penal se dice que se ha revertido la vasectomía, y desde el momento en que los espermigramas posteriores a la intervención se encontraron espermatozoides en el semen, se descartó una esterilidad, concluyendo la juez penal que el descenso de espermatozoides puede obedecer a distintas causas al margen del resultado de la operación, y en consecuencia, a falta de otros criterios objetivos. Y, que teniendo en cuenta la puntuación contemplada en el baremo para la impotencia y varicocele, por ser los conceptos más próximos al caso, las secuelas funcionales se valoraron en 15 puntos, puntuación que fue elevada en 6 puntos (1 de ellos por perjuicio estético) en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, respecto de los 10 puntos concedidos por el Juzgado de lo penal.

Si bien es verdad que en la vía penal no se solicitó aisladamente una indemnización en concepto de falta de consentimiento informado, que es aquel por el que se reclama ante esta jurisdicción, sin embargo el Sr. Jose Manuel no merece una indemnización superior a la ya concedida en la sentencia de instancia (10.000 €), pues conforme a lo dispuesto en los artículos 3 , 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre , reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la definición del consentimiento informado se comprende "*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*", de modo que un incumplimiento de las normas solo se puede apreciar cuando se omite la información adecuada y necesaria respecto de la actuación médica previamente consentida. Cuando se somete al paciente por error a otra intervención diferente como ha sido en este caso, el actor, al menos en el presente, no merece una indemnización superior a la concedida pues al tratarse de una actuación no querida por ninguna de las partes, no se podría esperar del facultativo que la practicó que se informase previamente al paciente sobre los riesgos que comportaba.

Lo hasta ahora expuesto determina la desestimación del recurso de apelación presentado por Don Jose Manuel .

**CUARTO.** - Recursos de apelación presentados frente al pronunciamiento de condena a indemnizar a doña Noelia :

Respecto de la indemnización que la sentencia de instancia reconoce a favor de doña Noelia el letrado del Sergas alega que fue su esposo quien sufrió el daño en su aparato reproductor, por el que ya fue indemnizado con todas las consecuencias, incluyendo las reproductivas, por lo que pagar a la esposa los gastos de un programa de fecundación artificial supone resarcir dos veces por la misma lesión, pues no deja de ser una forma de resarcir el daño de carácter reproductivo del marido.

Con tales alegaciones el letrado del Sergas niega la condición de perjudicada a la esposa del actor por las lesiones sufridas por este, cuando su condición de perjudicada no se puede negar desde el momento en que la impotencia del esposo derivada de la vasectomía, afecta al derecho a la autodeterminación respecto a la planificación familiar que pertenece a ambos esposos.

En la vía penal Don Jose Manuel ha sido indemnizado por la impotencia a que dio lugar la vasectomía practicada, y la esposa puede serlo, como se dice en su recurso, por el daño que supone el verse privada del derecho a una nueva maternidad salvo que se someta a técnicas de reproducción asistida.

En el escrito de conclusiones provisionales presentado en la vía penal se reclamó una indemnización a favor de ambos esposos, pero finalmente tan solo se solicitó a favor del Sr. Jose Manuel .

Ahora bien, el que no se hubiese reclamado una indemnización a favor de la esposa en la vía penal, no impide que pueda hacerlo posteriormente en esta jurisdicción, si es que se trata de un concepto indemnizable.

Lo que solicitaba en su escrito de demanda era una indemnización por el daño moral, que la juzgadora de instancia tradujo tan solo en el coste económico de los gastos de fecundación *in vitro* .



Esta Sala entiende que dicho pronunciamiento debe ser corregido en un doble aspecto:

- Por una parte, la indemnización reconocida por el coste económico de los gastos de fecundación *in vitro* debe ser limitada, como ya interesa el abogado de la Administración, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, a saber: el matrimonio tiene dos hijas, la actora tiene 40 años, y tal como resultó probado en la vía penal, las variaciones en las concentraciones de espermatozoides detectadas en las espermiogramas si bien se puede deber a la obstrucción de al anastomosis deferencial también puede serlo por razones fisiológicas.

Tales circunstancias impiden reconocer a favor de la esposa una indemnización que comprenda todos los gastos, de una forma ilimitada, que pueda generar el sometimiento a la técnica de reproducción *in vitro* , la cual se limita a la suma de 20.000 €.

- Por otra parte, sí debe de ser indemnizada por el daño moral que omite la juzgadora de instancia, y que representa la inseguridad del éxito o fracaso de la técnica de reproducción, aunque lo será en el importe de 5.000 €, que es el que se entiende proporcionado a las citadas circunstancias.

Por todo ello, tanto el recurso de apelación interpuesto por el letrado del Sergas como el interpuesto por Doña Noelia , han de ser estimados parcialmente.

#### **QUINTO .-Sobre las costas:**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , al acogerse parcialmente las apelaciones -aunque se haya inadmitido el recurso presentado por la Administración frente a la impugnación presentada por Don Jose Manuel respecto de su indemnización, también se ha desestimado el recurso presentado por este para conseguir un incremento de la misma-, no procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas causadas en esta instancia, debiendo cada parte correr con las generadas por su actuación.

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

#### **FALLAMOS**

que con **inadmisión del recurso de apelación** interpuesto por los servicios jurídicos del Servizo Galego de Saúde en cuanto dirigido frente al pronunciamiento que le condena a abonar una indemnización a don Jose Manuel , con **estimación parcial del mismo recurso** en cuanto dirigido frente al pronunciamiento que le condena a abonar una indemnización a Doña Noelia , y con estimación parcial del recurso presentado por Don Jose Manuel y Doña Noelia , contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santiago de Compostela de 22 de junio de 2018 , en autos de Procedimiento Ordinario número 291/15, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma en el sentido de:

- limitar la indemnización reconocida a favor de Doña Noelia por los gastos que pueda generar el sometimiento a la técnica de reproducción *in vitro* , a la suma total de 20.000 €.

- y reconocerle el derecho a percibir una indemnización a cargo de la Administración demandada, de 5.000 € en concepto de daño moral.

Todo ello sin imposición de costas causadas en esta instancia.

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 (1570-0000-85-0385-18), 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 lo acordamos, mandamos y firmamos.