



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima
C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

NIG:

Procedimiento Ordinario 710/2022

Demandante: D./Dña
PROCURADOR D./Dña.

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
SOCIÉTÉ HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES
PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA nº 124 / 2025

Ilmos. Sres. :

Presidenta : Doña María del Camino Vázquez Castellanos

Magistrados : Doña Francisca María Rosas Carrión
Don Rafael Botella y García Lastra
Doña Guillermina Yanguas Montero

En la Villa de Madrid el día trece de febrero del año dos mil veinticinco.

V I S T O S por los Ilmos. Sres. arriba reseñados, Magistrados integrantes de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 710/2022**, seguidos a instancia de la Procurador de los Tribunales Sra. D^a en nombre y representación de bajo la dirección del Sr. Letrado D. Carlos Sardinero García contra la Orden del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 18 de mayo de 2022 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 26 de octubre de 2018 como consecuencia de lo que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital de la Paz.

Es parte demanda la **COMUNIDAD de MADRID**, representada y dirigida por la Letrado de sus Servicios Jurídicos, y en calidad de codemandada la entidad **SOCIÉTÉ HOSPITALAIRE D'ASSURANCES MUTUELLES**, en lo sucesivo **SHAM**, representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. bajo la dirección de la Letrado Sra. D^a en base a los siguientes



ANTECEDENTES de HECHO

PRIMERO: El pasado 20 de julio de 2022 compareció ante esta Sala la Sra. Procurador de los Tribunales D^a Paloma Solera Lama en nombre de interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 18 de mayo de 2022 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 26 de octubre de 2018 como consecuencia de lo que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital de la Paz.

SEGUNDO: Turnado el escrito anterior a esta Sección en fecha 28 de julio siguiente de conformidad con el art. 16 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita suspender plazos y términos hasta tanto cuanto se resolviese sobre la solicitud de asistencia jurídica gratuita de la recurrente.

TERCERO: Una vez se tuvo noticia de la concesión del beneficio de justicia gratuita a la recurrente el siguiente 22 de septiembre de 2022 se dictó decreto admitiendo el recurso contencioso-administrativo disponiéndose recabar el expediente administrativo con la finalidad de que el recurrente pudiera deducir la oportuna demanda.

CUARTO: El expediente fue recibido en esta Sección y en fecha 10 de octubre de 2022 se dispuso dar traslado a la representación de la parte actora para que formulase la demanda. Mediante escrito fechado el siguiente 14 de octubre, la representación de la actora solicitó se completase el expediente con determinados particulares que dejaba interesados. A tal solicitud se accedió mediante resolución de fecha 18 de octubre de 2022.

QUINTO: Recibidos los particulares interesados por la representación de la actora el 30 de noviembre siguiente se acordó conferir traslado nuevamente a la actora para que, en el tiempo que le restaba, formulase la demanda, lo que verificó en el plazo concedido presentando la demanda el siguiente 9 de enero de 2023, en escrito en el que, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando lo que en parte se transcribe

«... [se dicte] *Sentencia por la que se declare la responsabilidad de la demandada por los daños y perjuicios provocados y, consecuentemente, se le condene a indemnizar a mi representada en la cantidad de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS (287.355,24 €.-), más intereses, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.*»

SEXTO: Mediante resolución de fecha 12 de enero de 2023 se tuvo por formulada en tiempo y forma la demanda disponiéndose dar traslado a la representación de la Comunidad de Madrid para que la contestase, lo que no verificó en el plazo concedido por lo que mediante resolución de fecha 21 de febrero siguiente se tuvo por precluido dicho plazo; no obstante, mediante escrito fechado el 27 de febrero siguiente la representación de la Comunidad rehabilitó dicho plazo formulando contestación en la que, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando «se dicte sentencia desestimatoria del recurso en los términos alegados.».

SEPTIMO: Por resolución de fecha 8 de marzo siguiente se tuvo por contestada la demanda por la Comunidad, a la vez que se daba traslado a la representación de la

Carlos Sardinero García
Abogado
AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

codemandada SHAM, quien mediante escrito fechado el 5 de abril siguiente contestó la demanda, en la que, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando lo que parcialmente transcribimos: «... [se dicte] *sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, declarando que los hechos denunciados no son constitutivos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública demandada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios públicos, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.*»

OCTAVO: Por decreto de fecha 11 de abril de 2023 se fijó la cuantía del presente recurso en la suma de doscientos ochenta y siete mil trescientos cincuenta y cinco euros con veinticuatro céntimos de euros (#287.355,24#), y, mediante auto de fecha 13 de abril se dispuso lo necesario sobre la prueba solicitada por las partes. Dicho auto fue recurrido en reposición por la representación de la recurrente, estimándose tal recurso mediante auto de fecha 5 de junio siguiente.

y **NOVENO:** Practicadas las pruebas declaradas pertinentes por los autos de fecha 13 de abril y 5 de junio, mediante resolución de fecha 21 de noviembre de 2023 se declaró concluso el período de prueba abriéndose el de conclusiones sucintas, habiéndose por cada una de las partes evacuado las propias, tras lo cual mediante resolución de fecha 8 de enero de 2024 se acordó dejar las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y fallo, que fue, mediante resolución de fecha 29 de enero pasado se fijó para el siguiente 12 de febrero de 2025, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García-Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS de DERECHO

PRIMERO: La representación procesal de interpone el presente recurso contra la Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 18 de mayo de 2022 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 26 de octubre de 2018 como consecuencia de lo que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital de la Paz.

La pretensión de la actora la hemos dejado transcrita en el antecedente de hecho 5º de esta resolución, por lo que ahí expresado nos remitimos ahora.

SEGUNDO: En la demanda la recurrente nos relata como a partir del año 2014 comenzó sufrir dolor vaginal coital y perineal con cuadros de repetición de candidiasis e infecciones del tracto urinario de los que fue tratada en su médico de atención primaria. En enero de 2016 sufrió un empeoramiento con dolor en las piernas y al sentarse y dolores en la pelvis piramidales. Por ello en fecha 10 de mayo de 2016 acudió al Servicio de Ginecología del HU La Paz, donde refirió dolor en la zona de los trocánteres, pirámides y crestas ilíacas, así como dolor punzante en el pubis y dolor generalizado fuera de la vulva, coxis y sacro y presión en el hipogastrio. En dicho Servicio se la diagnosticó de dolor pélvico crónico y vestibulodinia, pautándosele un tratamiento de fisioterapia dos veces a la semana y Tramadol ® paracetamol, Tryptizol ® así como pomadas con lidocaína. Se solicita una resonancia

magnética e interconsulta con Psiquiatría y Unidad del Dolor. El 6 de julio siguiente se le hace una infiltración pubocoxígea con resultado nulo en cuanto al dolor, aunque con sensación de mejoría.

El 12 de julio de 2016 es valorada por Unidad del Dolor que describe un dolor perineal asociado a los miembros inferiores en el lado derecho por cara anterior del muslo y en el lado anterior del muslo y en el lado izquierdo de todo el miembro por detrás, se diagnóstica como dolor pélvico crónico y se le propone bloqueo del ganglio impar, así como valorar bloqueo/radio frecuencia en nervios pudendos, reajustándose el tratamiento farmacológico ya instaurado. El 30 de julio acude a urgencias por un cuadro de dolor perineal, vulvar y en muslos. Se le hace una ecografía descartándose patología ginecológica urgente y se le administra analgesia intravenosa con mejoría del dolor, reajustándose el tratamiento farmacológico que tenía ya pautado y se solicitó adelanto de la cita con Unidad del Dolor reseñándose que tenía programado para el mes de septiembre el bloqueo del ganglio impar. Vuelve a acudir a Urgencias el 8 de agosto y se le administra nuevamente analgesia por vía intravenosa mejorando del dolor, continuando con las citas programadas, reseñándose que en noviembre (sic) tiene programado el bloqueo del ganglio impar.

El 29 de septiembre de 2016 acude a la Unidad del Dolor pues tenía programado el bloqueo del ganglio impar, firmando el consentimiento informado. Dicha intervención se programa para el 24 de octubre de 2016, en el que se le hace, no solo el bloqueo del ganglio impar sino que, además, y con desconocimiento de ella se le hace una radiofrecuencia sobre los nervios pudendos. Dice que ese mismo día se añadió al documento de consentimiento informado la mención manuscrita “añado RF pudiendo que explico técnica y riesgos”. La paciente ignoraba que se le realizaba dicha intervención y no consintió en ella, y, además no firmó el consentimiento informado ni ningún facultativo. Expresa a este respecto que la propia Inspección Médica ha reconocido que la historia clínica ha sido modificada posteriormente, constatándose por la Inspectora las manipulaciones del informe original (folio 219 ea) realizado el 29 de junio de 2016 (sic) y una modificación posterior realizada el 26 de julio de 2018 (vid folio 214 ea) en el que se ha añadido la mención “rf pudendos”. Además, sostiene que las hojas de quirófano correspondiente a la intervención realizada no están completas, y no se indica como fue el tratamiento y si la radiofrecuencia fue por vía anterior o posterior. Consecuencia de esta intervención la recurrente tuvo lesiones en el nervio ciático y en el nervio pudendo.

Consecuencia de todo lo anterior la paciente comenzó a sufrir una nueva sintomatología consistente en pérdida de sensibilidad de la vulva y vagina, pie caído izquierda, hipoestesia de extensores en el miembro inferior izquierdo y dolor en las piernas con sensación de adormecimiento.

El 15 de noviembre de 2016 acude a consulta de ginecología donde refiere un aumento progresivo del dolor en las piernas con sensación de adormecimiento. Ese mismo día acude a la Unidad del Dolor donde se apreció cierta hipostesia en extensores de la pierna izquierda, recomendándose la rehabilitación activa en las piernas. El 7 de marzo de 2017 acude nuevamente a consulta de ginecología se volvió a referir dificultad en la extremidad inferior izquierda al caminar deprisa. Como consecuencia del cuadro de debilidad en la pierna izquierda el 11 de julio de 2017 sufrió una caída que le produjo una rotura del 5 metatarsiano del pie derecho.

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

El 26 de septiembre de 2017 acude a rehabilitación donde se anota como “después de bloqueo del pudendo tuvo pérdida de fuerza en MII y de sensibilidad de la vulva”. Se le indica la realización de un electromiograma, así como recomendar ejercicios de tonificación progresiva. Acude los días 6 de octubre y el 7 de noviembre de 2017, siendo también valorado por neurología que opinaba que a causa de la RF (radiofrecuencia) se le generó un hematoma causante de la compresión del ciático.

El resultado del electromiograma del 15 de noviembre de 2017 es de una lesión parcial crónica del nervio ciático izquierdo en fase de reinervación.

El 7 de febrero de 2018 acude a consulta de rehabilitación del HU Infanta Leonor plasmando como juicio clínico que la recurrente padecía una paresia de la EII (extremidad inferior izquierda) por lesión ciática tras hematoma por radio frecuencia (acceso vía glútea posterior) en fase de reinervación.

Nuevamente en fecha 11 de mayo de 2018 acude a Unidad del Dolor reflejando el aumento del dolor en la pierna izquierda con características neuropáticas, continua en rehabilitación y se le aumenta la dosis de gabapentina y se le pautan parches de Versatis ®.

La recurrente ha continuado en rehabilitación evidenciándose debilidad de la pierna izquierda, aumentando sus dolores y elevándose la dosis de gabapentina que tomaba.

Acude el 3 de diciembre de 2019 a revisión por el Servicio de Rehabilitación del Suelo Pélvico de la Fundación Jimenez Díaz, donde refirió incontinencia urinaria se le hace un electromiograma que confirma la lesión del nervio pudendo derecho (18/12/2019) en las estructuras nerviosas que daban enervación al esfínter derecho.

El 8 de abril de 2021 acude a Urología del Hospital Virgen del Mar de Sanitas donde se refiere que la paciente presenta incontinencia vesical a raíz de radiofrecuencia de nervios pudendo y bloqueo de ganglio impar, destacándose que en el estudio neurofisiológico se muestra un patrón neurógeno sobre el músculo esfínter derecho, señalando como ese patrón neurógeno sobre el esfínter derecho una manifestación típica de la alteración del nervio pudendo y éste, a su vez, es el causante de la incontinencia vesical.

La recurrente presenta unas secuelas crónicas precisando en la actualidad acudir a fisioterapia dos veces a la semana y padece un trastorno depresivo que requiere tratamiento farmacológico y de psicoterapia. El 26 de febrero de 2018 se le reconoce un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual, dicho procedimiento se resuelve con un cuadro clínico residual de lesión en nervio ciático izquierdo secundario a intervención con radiofrecuencia/infiltración” y trastorno adaptativo.

La recurrente formuló una reclamación administrativa para ser indemnizada, y destaca como tanto la Inspección Médica como la Comisión Jurídica Asesora destacaban la ausencia de consentimiento informado, aun cuando, sorprendentemente se resuelve en sentido desestimatorio. Considera que no solo hay un déficit en el consentimiento informado sino que, además, hay la producción de un daño iatrogenico desproporcionado.

Se refiere al informe pericial que aporta confeccionado por el Dr. D. especialista en neurología que expresa en sus conclusiones periciales lo que transcribe:

1. *Se trata de una mujer joven que presenta una serie de deficiencias graves y permanentes, a consecuencia de una **LESIÓN DEL NERVO CIÁTICO IZQUIERDO** (alteraciones en la esfera sensitiva, dolor, y debilidad) y una **LESIÓN DEL NERVO PUDENDO CON INCONTINENCIA URINARIA** tras una radiofrecuencia de los pudendos realizada el 24 de octubre de 2016.*
2. *En distintos informes se habla de que la lesión del ciático izquierdo y del pudendo derecho está en relación con la radiofrecuencia del nervio pudendo.*
3. *En cuanto a la etiología de la **LESIÓN DEL CIÁTICO Y DEL PUDENDO ES IATROGÉNICA**. En este punto estoy de acuerdo con los informes de la paciente que inequívocamente expresan que la etiología fue iatrogénica a la radiofrecuencia.*
4. *Las lesiones de este tipo (del pudendo y del ciático) son excepcionales, aunque pueden existir, a diferencia de lo que comenta el Dr. que fue quien le realizó la radiofrecuencia.*
5. *En el caso de la Sra. la única explicación y, además, indicada por sus médicos tratantes, es la iatrogenia (secundaria a la radiofrecuencia), en el hospital Universitario “La Paz” de Madrid.*
6. *Estoy de acuerdo en lo que comenta la inspectora en esta frase: “No existe consentimiento informado escrito (se refiera a la radiofrecuencia) y aunque la paciente debe de colaborar en la realización de la prueba, esto no es indicativo de conocer y aceptar su realización”.*
7. *Con independencia de que la paciente sea fisioterapeuta, se la privó de la posibilidad de conocer y valorar los riesgos y las posibles circunstancias adversas que dificultaban la obtención del resultado perseguido, antes de su realización, máxime teniendo en cuenta que según la Inspección Sanitaria y la literatura médica, aunque se trate de una técnica segura como complicación puede producir una lesión nerviosa, como la del ciático o del pudendo, por lo que ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información de la paciente.*
8. *También estoy de acuerdo en lo que comenta la médica inspectora cuando dice: “La asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario La Paz no fue la adecuada, aunque se le realizó un tratamiento adecuado a su patología, falta el consentimiento informado por escrito que acredite que la paciente fue informada y aceptaba su realización”.*
9. *Llama la atención lo que comenta la médica inspectora sobre que el informe preoperatorio del 29 de septiembre de 2016 ha sido modificado. Se añade RF Pudendos, una “S” tras CI y que se “explica técnica y riesgos”. Esto indica que la paciente NO estaba claramente informada sobre la realización de la radiofrecuencia y que el documento está claramente modificado.*
10. *En el expediente administrativo no aparece una hoja de quirófano completa que explique cómo fue el tratamiento aplicado. Por ejemplo, no aclara si la radiofrecuencia fue por vía anterior o posterior. Algo tuvo que ocurrir durante el acto quirúrgico que no ha sido lo suficientemente explicado por sus médicos. Una descripción completa de la técnica que realmente se empleó habría sido un dato de suma relevancia para valorar si la técnica se realizó de una forma adecuada. La no descripción detallada de la técnica hace que la asistencia resulte poco transparente y provoca que este perito no pueda realizar una pericia completa como merece la paciente.*
11. *En definitiva, la paciente ingresa al quirófano para ser intervenida (intervención relativamente sencilla) y acaba con una lesión del nervio ciático izquierdo y una lesión del pudendo derecho que, en ningún caso, es consecuencia de la patología inicial que presentaba la paciente (La paciente NO tenía lesión del ciático izquierdo y del pudendo derecho previamente); evidentemente existe un daño desproporcionado no justificado causado por una complicación que ocurrió durante el proceder quirúrgico que no ha sido aclarada por parte de sus médicos.*

El Dr. llega a las siguientes conclusiones:

«El perito que suscribe el presente informe considera los DAÑOS DESPROPORCIONADOS y NO JUSTIFICADOS. Era un tratamiento programado y que llevó a unas consecuencias nefastas que no han sido suficientemente aclaradas por los profesionales que participaron en el mismo.»

Estoy de acuerdo con sus médicos tratantes que la causa de las secuelas es de origen iatrogénico y en relación a la radiofrecuencia.»

El mismo perito Dr. en su informe, también realiza una valoración del daño sufrido, con arreglo al Baremo de la Ley 35/2015, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. En su Disposición Adicional Tercera, la Ley 35/2015 establece el baremo como referencia en los perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitario concluyendo con una indemnización de 287.355,24 €.

En orden a la fundamentación jurídica de sus pretensiones, considera primeramente que no existe un consentimiento informado para la realización de la radiofrecuencia del pudendo, extremo que la propia Inspección Médica del SERMAS reconoce. Además, la historia clínica está incompleta y no consta en el expediente administrativo el informe del Servicio de Neurología en el que se relaciona la producción de un hematoma secundario a la radiofrecuencia con la lesión del ciático, considerando la relación causal de las secuelas que la recurrente padece con la radiofrecuencia del nervio ciático, considerando finalmente que estamos ante una lesión iatrogénica que produce un daño desproporcionado.

TERCERO: Por su parte, la Comunidad de Madrid, tras analizar la construcción dogmática de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, limitándose tras ello a transcribir parcialmente la Orden del Viceconsejero de fecha 18 de mayo de 2022, que expresa lo que transcribe:

«La radiofrecuencia pulsada de nervios pudendos estaba indicada como tratamiento del dolor crónico pélvico que presentaba la paciente, y que la limitaba de manera muy importante, quedando informada de la posible necesidad del tratamiento con radiofrecuencia en la primera consulta.»

Si bien no existe un documento de consentimiento informado ad hoc para la radiofrecuencia, lo cierto es que puede acreditarse su existencia en consideración a los siguientes elementos de juicio:

Tal y como explica el informe del Jefe de Servicio de la Unidad del Dolor, hablando con la paciente y no encontrando un modelo específico de consentimiento informado de la radiofrecuencia de pudendos, pero sí de Ganglio Walter, se le ofreció verbalmente a la paciente la posibilidad de realizar radiofrecuencia pulsada de ambos nervios pudendos a la vez (lo que evita esperar unos meses). La paciente, fisioterapeuta de profesión, comprendió y asintió a realizar las dos técnicas a la vez, y así se hizo constar mediante anotación en el documento de consentimiento informado de Ganglio Impar, en la que se anotó “Añado RF Pudendo que explico técnica y riesgos”, suscribiendo el documento la paciente con su firma.

Ambas técnicas se realizan sin anestesia general y la paciente está en todo momento consciente colaborando con el médico. Es importante recalcar el hecho de que la paciente es fisioterapeuta y comprendía la técnica que se le iba a realizar, así como la localización de los nervios pudendos.

“No se ha demostrado que se haya producido una lesión del nervio ciático por la radiofrecuencia pulsada de los nervios pudendos. No está descrita en la literatura. Además, la Unidad lleva realizadas más de 300 de estas técnicas sin haber tenido esta complicación. La lesión nerviosa que se describe en el consentimiento de la técnica se refiere a lesión nerviosa de los nervios pudendos. Por lo tanto, no cabe establecer relación causal alguna acreditada entre la técnica empleada y la lesión referida, y por ende tampoco entre el deber de consentimiento e información y la misma.”

“Finalmente, ha de señalarse que no se ha puesto de manifiesto que existiera error en el diagnóstico de la complicación como aduce la reclamante. El diagnóstico que inicialmente se determinó no contradice en modo alguno el diagnóstico definitivo.

En ese momento ya se mencionó la existencia de una denervación crónica en territorio radicular de L5 izquierdo de intensidad leve (cuando un nervio al nivel L4-5 o L5-S1 se ve afectado - los dos niveles inferiores-este dermatoma suele ser el nervio ciático), y posteriormente, tras la realización de la electromiografía el 15/11/2017 se señala: “lesión parcial crónica del nervio ciático izquierdo que se encuentra en fase de reinervación”. Por lo tanto, con dicha prueba no se emitió un diagnóstico distinto, sino que se confirmó el primer diagnóstico.”

“La técnica se realizó sin complicaciones: no hubo ni mayor dolor ni infección, ni bloqueo nervioso de las extremidades.”»

CUARTO: Por su parte la representación de la codemandada SHAM discrepa de determinados extremos del relato de la actora, señalando que la misma refirió, antes de la radiofrecuencia, en la consulta de Psiquiatría de la Paz el 23 de junio de 2016, que había sido despedida de su trabajo como fisioterapeuta tras una baja. Señala a su vez que en el informe del electromiograma (de fecha 21 de agosto de 2019) de la Dra. se señala una denervación crónica en el territorio radicular L5 de izquierdo de intensidad leve, sin signos agudos que indiquen lesión axonal, la raíz de L4-S-1 está dentro de los límites de la normalidad, no se objetiva signos de neuropatía de los nervios explorados en el momento actual.

Se refiere, igualmente, a que tanto el informe de la Inspección Médica como el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, destacan, como, pese al defecto en el consentimiento informado, la técnica empleada fue adecuada a su patología. Señala igualmente que, en relación con el reproche de que la radiofrecuencia de nervios pudendos produjo una lesión del nervio ciático que fue diagnosticada tardíamente, señalar que, en todo caso, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Se refiere al informe de la Unidad del Dolor que obra a los folios 238 a 241 del ea, señalando que (el bloqueo del ganglio impar y la radiofrecuencia de los nervios pudendos)

«Ambas técnicas se realizan SIN ANESTESIA GENERAL, y la paciente está en todo momento COLABORANDO con el médico. Más aún, en la realización de la RADIOFRECUENCIA DE LOS NERVIOS PUDENDOS la paciente ha de indicar cuando se siente un “hormigueo” en el territorio del

nervio pudiendo hecho que corrobora la adecuada situación de la aguja, junto con el empleo de la Fluoroscopia.

La técnica se realizó SIN COMPLICACIONES: no hubo ni mayor dolor, ni infección, ni BLOQUEO NERVIOSO DE LAS EXTREMIDADES.

Es importante recalcar el hecho de que la paciente ES FISIOTERAPEUTA y comprende la técnica que se le realiza. Es cierto que no se encontró consentimiento escrito para RF Pudendos, PERO SI ASINTIÓ A REALIZAR LA TÉCNICA y esta fue EXPLICADA CON DETALLE antes de su realización, como así consta tanto en la historia clínica como en el CONSENTIMIENTO DEL GANGLIO IMPAR escrito a mano que autorizaba realizar ambas técnicas.

SEXTO: La paciente firmó consentimiento para BLOQUEO DEL GANGLIO IMPAR, pero desde la primera consulta se le notificó que se debería hacer una Radiofrecuencia de los Nervios Pudendos. Se le informó verbalmente de la misma y la paciente ASINTIÓ VERBALMENTE. En ningún momento se negó al mismo. Además, la paciente trabaja en el sector Sanitario, conoce perfectamente lo que se la iba a realizar y esta técnica se realiza DESPIERTA y la LOCALIZACIÓN DE LOS NERVIOS PUDENDOS la paciente ha de colaborar para indicar cuando siente el hormigueo en la zona correspondiente al nervio Pudendo.

No se ha demostrado que se haya producido una lesión del Nervio Ciático por la Radiofrecuencia Pulsada de los Nervios Pudendos. No está descrita en la literatura. Además, la Unidad lleva realizadas más de 300 de estas técnicas sin haber tenido esta complicación. La lesión nerviosa que se describe en el consentimiento de la técnica, se refiere a lesión nerviosa de los Nervios Pudendos.

En el punto dos se menciona como causa de la posible lesión del Nervio Ciático un Hematoma producido por la técnica. Este no se ha llegado a demostrar nunca. Los hematomas que provocan daño nervioso se producen en zonas no distensibles como pueden ser el canal medular o la cavidad craneal. No se han descrito en la literatura médica Hematomas Glúteos que compriman el Nervio Ciático tras técnicas de Radiofrecuencia. (...) médica Hematomas Glúteos que compriman el Nervio Ciático tras técnicas de Radiofrecuencia.

OCTAVO: El tratamiento aplicado fue ACORDADO con la paciente desde el primer día en que acudió a la Unidad del Dolor el 12 de julio de 2016. El día que se realizó, DIO SU CONSENTIMIENTO VERBAL y PARTICIPÓ ACTIVAMENTE en la realización del mismo.

Se refiere a su vez al informe pericial que aporta, suscrito por el Dr. y D^a transcribiendo sus conclusiones médico legales indicando como

«Tanto la indicación de la misma y la RF, como su realización fueron realizados correctamente, y sin incidencias, por lo que opinamos del mismo modo que el Dr. que esta actuación del HULP fue totalmente correcta. El Dr. sim embargo en su informe pericial argumenta que hubo un daño desproporcionado al producirse la lesión del n. ciático, aunque él mismo en el apartado de complicaciones expone que puede acontecer lesión nerviosa del pudendo y debilidad muscular del territorio del ciático, pero no hace constar que pueda producirse lesión propiamente del nervio ciático. Entendemos que esto no es una razón para justificar que la alteración nerviosa que la paciente presentó se debió inequívocamente por la infiltración o RF, pues en su informe ni siquiera consta como complicación posible.

Consideramos que la clínica de la paciente ya provenía de situación anterior a la punción, y que, tras ella, aparecieron efectos secundarios en el pudiendo ya descritos en el CI y conocidos, por lo que no podemos considerarlos ni como iatrogénicos ni desproporcionados, dado que están enumerados y descritos. La relación con la infiltración y la afectación del nervio ciático no está demostrada como cierta ni inequívoca, existiendo previamente a la misma una clínica incapacitante de dolor y dificultad para el movimiento.

Tras rehabilitación de suelo pélvico y según consta en el Informe de Holystic de enero de 2022, había mejorado mucho de la incontinencia de orina de esfuerzo y de las infecciones de orina de repetición. También se le realizaron inyecciones uretrales por Urología, mejorando en un principio junto con la fisioterapia, sin que podamos disponer de información de la evolución de la paciente a fecha actual de este Informe pericial.»

Transcribe la totalidad de la orden de fecha 18 de mayo de 2022, señalando como existe un consentimiento informado, reiterando que la paciente es fisioterapeuta y que, por lo tanto, no es lega en estas materias, y la misma sabía la intervención a la que se sometía y colaboró con ella.

Crítica igualmente el informe de valoración del daño personal que se aporta por los actores, concluyendo que no se acreditan las partidas que se reclaman.

QUINTO: Conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: *"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*.

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía : *"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*.

El artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en el momento de prestación de la asistencia sanitaria objeto de este proceso, disponen, a su vez:

"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"

"Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

La doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige para que la misma se produzca que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que " no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que,

conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, "la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o "*conditio sine qua non*", esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

SEXTO: En interpretación de esta normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo

necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico - sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más 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".

SEPTIMO: Vistas las posiciones de las partes, creemos que para el estudio de las cuestiones suscitadas es necesario que nos refiramos a las siguientes cuestiones, que son, a saber:

- 1) El consentimiento informado suscrito por la recurrente en fecha 29 de septiembre de 2016.
- 2) Relación de causalidad entre los daños y secuelas padecidas por la recurrente y la radiofrecuencia del nervio pudendo realizada el 24 de octubre de 2016.
- 3) Posible mala praxis en la realización de la radiofrecuencia del nervio pudendo.
- 4) Eventualmente, fijación de la indemnización con que procedería, en su caso, resarcir a la recurrente.

Empecemos con las cuestiones referidas al consentimiento informado.

En cuanto a las cuestiones planteadas en torno al consentimiento informado, en el ámbito de la medicina curativa que ahora examinamos, se concibe el consentimiento como un acto unilateral del paciente o, en su caso, de sus familias o allegados, que manifiestan su voluntad de someterse a un determinado tratamiento clínico o quirúrgico.

Para que el consentimiento produzca el efecto de eximir a la Administración de responsabilidad cualquiera que fuera la forma de manifestarse, es necesario que sea válido y que el hecho determinante del daño esté dentro del objeto del consentimiento. Según la jurisprudencia, entre otros aspectos, toda persona tiene derecho a que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y medidas de tratamiento. Asimismo, tiene derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso. También tiene derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos.

El derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria se recoge en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, que dispone que "el consentimiento informado supone 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 la salud", así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley, que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

" Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986 ,art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, RCAs 4637/2008lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, RCAs 5060/2002sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

...

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia [Sentencias de 16 de enero de 2007, (RCAs 5060/2002), 1 de febrero de 2008 (RCAs 2033/2003), de 22 de octubre de 2009 (RCAs 710/2008), sentencia de 25 de marzo de 2010, (RCAs 3944/2008)] insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye, per se, una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

El Tribunal Constitucional declaró (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15y24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad". La jurisprudencia [SSTS 29 de junio 2010 (RCAs 4637/2008), 25 de marzo de 2010 , (RCAs 3944/2008)] sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad, aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

Además, hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así señalamos en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007y las que en ella se citan.

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencia 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Hemos de añadir a lo anterior que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información y consentimiento por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

La jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado, expresada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, ha venido matizando que

"(...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

Es en extremo importante notar como la Inspección Sanitaria nos pone de relieve que las anotaciones de los consentimientos han sufrido modificaciones a posteriori, apreciándose que el informe original (folio 219 ea) realizado el 29 de junio de 2016 (sic) y una modificación posterior realizada el 26 de julio de 2018 (vid folio 214 ea) en el que se ha añadido la mención "rf pudendos". Nos indica la Inspectora lo que transcribimos y que consta en el folio 264 del ea **"Si se acude al visor de hospitales en el informe del 26/7/18 de la Unidad del dolor los comentarios de fecha 29/9/16 han sido modificados. Programada para bloqueo del ganglio impar y Rf Pudendos. Firma CIs. Explico técnica y riesgos."** Esta circunstancia nos parece de extrema gravedad, resulta que se ha modificado la historia clínica poco antes de iniciar la actora la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En la mejor de las hipótesis, podríamos pensar que el día que se hizo el bloqueo del ganglio impar se tomó, intraoperatoriamente, la decisión de realizar una radiofrecuencia del pudendo. El consentimiento, por razones obvias, tiene que ser previo al acto médico, no puede ser intraoperatorio, aunque la paciente estuviera consciente, no se dice en ningún sitio cuanto tiempo antes se tiene que prestar el consentimiento, pero si lo que se pretende es garantizar la autonomía del paciente y su decisión libre y consciente como expresa el art. 3 de la Ley 41/ 2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, deberá mediar el tiempo suficiente para que el paciente pueda consentir en el acto médico al que se somete, valorando los pros y contras de la intervención, que le han sido cabalmente expresados por los facultativos de modo que pueda decidir, y, tras ello, consentir.

En cualquier caso, a más de este requisito temporal, es obvio que, aun cuando a la paciente se le indicase in situ que se le iba a hacer la radiofrecuencia de los nervios pudendos, en el supuesto del documento del folio 141-142 (ea) se tenían que haber indicado, al menos de forma mínima, los riesgos que asumía en aquel momento, lo que, en la supuesta adenda del consentimiento realizada, al parecer, el 24 de octubre de 2016, no se hace, sin que los riesgos mencionados del bloqueo del impar y de los pudendos sean iguales como reconoció la perito Dra. con lo que la citada adenda sería inválida a estos efectos.

Igualmente nos parece una explicación muy simplista y totalmente desacertada sostener que, como quiera que la paciente esa fisioterapeuta y colaboró con la práctica de la radiofrecuencia del pudendo estaba consintiendo implícitamente a la misma. Es obvio que un fisioterapeuta no hace radiofrecuencias ni bloqueos de nervios, si las hiciera podríamos sostener algo parecido a lo que se afirma. Podríamos sostener, por poner un ejemplo, que la recurrente, dada su condición de fisioterapeuta conocía los pros y contras de la técnica de la “punción seca” para el tratamiento del dolor muscular, y, podríamos afirmar, seguramente con acierto, que si un fisioterapeuta se somete a esta técnica y como consecuencia de ello sufre una lesión axonal resultaría más difícil que pudiera alegar un defecto en el consentimiento informado. La afirmación que se hace en el informe de la Unidad del Dolor (folios 238 y ss del ea) sobre el supuesto consentimiento implícito la podríamos aplicar a un anestesta o a un neurólogo- que son los facultativos que, normalmente integran las Unidades del Dolor, pero no desde luego a un fisioterapeuta, por más que tenga conocimientos de fisiología nerviosa.

Por ello, coincidimos con las conclusiones que alcanza la representación de la recurrente, la Inspección Sanitaria y la Comisión Jurídica Asesora.

OCTAVO: Sobre la eventual existencia de una relación causal entre las lesiones de la recurrente y la radiofrecuencia a la que se sometió, hemos de concluir también que apreciamos la misma.

Tanto la Administración como la codemandada discuten la relación de causalidad entre los daños causados (esto es, la lesión a los nervios ciático y pudendo y sus consecuencias), sin embargo, creemos que tal afirmación no es acertada. La incontinencia vesical es consecuencia de la radiofrecuencia del nervio pudendo, existe un factor neurógeno que afecta al músculo del esfínter derecho, existiendo una afectación parcial de las

estructuras nerviosas (porción parcial del pudendo/ raíces motoras) que inervan dicho músculo. El informe del Dr. que no olvidemos es neurólogo, pone de relieve la posibilidad de lesión del ciático (folio 109 vto de los autos). Es cierto que la recurrente tenía antecedentes de dolores lumbares, pero nos parece imposible como hace SHAM tratar de extraer una relación causal entre los mismos y las secuelas que padece. El electromiograma de 21 de agosto de 2019 (folio 274 ea) en el que se alude a un proceso crónico con signos de denervación en el territorio radicular de la 5ª vértebra lumbar, no nos sirve para atribuir las dolencias derivadas de la compresión del nervio ciático que es la hipótesis de que parte la actora, puesto que dicho nervio ciático y su funcionamiento no era lo que se analizaba en dicho electromiograma, sino que lo que se estudiaba (folio 274 ea) eran los nervios peroneal común, tibial posterior y sural izquierdos, músculos cuádriceps, tibial anterior y gemelo izquierdo.

Como acabamos de decir la actora parte de la hipótesis de que durante la realización de la radiofrecuencia se comprimió el ciático. La parte había reclamado la aportación a estos autos de los informes realizados por los Servicios de Neurocirugía del Hospital Universitario La Paz y del Hospital Infanta Leonor para que aporten el informe relativo a la recurrente en el que se indica que el hematoma secundario a la radiofrecuencia podía ocasionar una compresión ciática, al que nos referimos en el auto de fecha 5 de junio de 2023, y tales informes no han sido incorporados a los autos. La jurisprudencia ha señalado (vid STS de 2 de noviembre de 2007 RCAs 9309/2003) que una vez constatado el daño por los interesados " resulta a cargo de la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la lex artis, pues es ella, y no los actores, la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que tenía el deber de custodia de aquellos registros y documentación que se echan en falta y que hubieran permitido una mayor luz sobre lo realmente acaecido (...)" (sentencia de esta Sección de 23 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 1364/2008). Así mismo la Sentencia de 6 de mayo del 2015 (RCAs 2099/2013) expresa que la Administración es la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que tenía el deber de custodia de aquellos registros y de esa documentación, y "es claro que su pérdida o extravío ha impedido al interesado, situado desde el punto de vista probatorio en peor posición que esa misma Administración, acreditar que la asistencia [...] no se ajustó a las exigencias de la lex artis".

Es obvio que la ausencia de aportación de ese documento no puede, desde esta perspectiva ser valorado perjudicialmente para la actora.

Parece claro que es un riesgo asociado a la radiofrecuencia la producción de hematomas, y, parece también claro que es una posibilidad cierta que el hematoma comprima y lesione el ciático ocasionando las secuelas que padece la actora (incontinencia vesical, lesión del ciático interno, lesión del nervio pudendo y cojera en el pie izquierdo) por lo que no vemos inconveniente en estimar la relación causal entre la intervención y esas secuelas.

Diremos, por último, que en la valoración de la prueba en esta materia de la relación causal se ha de tener en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala

Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que:

"b) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico".

NOVENO: Respecto de la praxis de la radiofrecuencia, al margen de la consideración que acabamos de hacer sobre la ausencia del informe se ha de notar también que la hoja de quirófano en la que se relata la técnica operatoria está incompleta (vid folio 221 ea) ignorándose la técnica empleada, el modo de acceso y las técnicas de control, e, igualmente esta falta de datos debe de ser atribuida a la Administración sanitaria y sus consecuencias, a efectos de valoración y carga de la prueba, no pueden ser imputadas a la recurrente en base a la jurisprudencia que acabamos de reseñar.

A tal efecto conviene tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el Artículo 217 de la L.E.C. al demandante *"la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda"*, y corresponde al demandado *"la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior"*. Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se *"deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"*.

En cualquier caso, hay supuestos de inversión de la carga de la prueba, que son directamente aplicables al caso que nos ocupa, como en el caso de la denominada doctrina del daño desproporcionado; supuestos de facilidad y disponibilidad probatorias, por aplicación del art. 217.6 de la LEC; Pérdida o extravío de la historia clínica (STS 20 de noviembre de 2012 Rec. de Casación 4891/2011), a los segundos ya nos hemos referido y al daño desproporcionado nos referiremos más adelante.

En cualquier caso, el Artículo 217 de la L.E.C. contiene las reglas generales o principios de carga de la prueba y, como norma reguladora de la sentencia, entra en juego cuando en la misma se estime que no se ha probado un hecho básico, para atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que le correspondía el *"onus probandi"*, según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte, pero no cuando se considera que un presupuesto fáctico esencial para la resolución de la litis ha quedado debidamente acreditado mediante cualquier elemento probatorio, sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte aportó la prueba.

Aunque nuestras leyes procesales no formulan el citado principio de adquisición procesal, también llamado de comunidad de prueba, el mismo tiene pleno reconocimiento en

doctrina jurisprudencial pacífica expresada, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero y 14 de febrero de 2012, al declarar que: *"Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal"*. Y lo mismo había declarado antes las sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008 y de 1 de marzo de 2010.

En definitiva, dicho principio obliga al tribunal a valorar todas las pruebas practicadas con independencia de qué parte las haya aportado al proceso, al considerar que los resultados de la actividad probatoria en su conjunto son comunes para todas las partes, de manera que, a los efectos de acreditar los hechos controvertidos, es irrelevante que los medios probatorios se hayan practicado a instancia de una u otra parte.

Así lo declaraba también la sentencia de 8 de abril de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (RCAs 1291/2010) al decir que:

"(...) como hemos reiterado en otras ocasiones, en virtud del principio de adquisición procesal, la sentencia impugnada puede valorar todos los elementos probatorios obrantes en las actuaciones (...) al margen de cuál de las partes hubiera aportado el elemento probatorio y de la concreta razón por la que se aportó (Sentencias de 79/2009, de 4 de febrero y 292/2010, de 6 de mayo)".

Y antes la sentencia de la misma Sala de 16 de enero de 2011, al declarar:

"En el caso sucede que el dato fáctico (...) se declara probado, y no importan los elementos de prueba que se hayan tomado en consideración, ni quien los aportó -principio de adquisición procesal-, ni la cantidad ni entidad de los mismos -dosis de prueba-. Tales cuestiones pueden incidir en otros aspectos del derecho probatorio, pero son ajenas a la carga de la prueba, pues el artículo 217 LEC no contiene regla alguna valorativa de prueba".

Dada la importancia de las pruebas periciales en el caso de autos, hemos de decir también que las mismas no acreditan por sí solas los hechos controvertidos de una forma irrefutable, sino que expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes que se les han facilitado, por lo que no prevalecen necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, en su fundamentación y coherencia interna, y en la independencia o lejanía de los peritos respecto a los intereses de las partes.

DECIMO: La actora considera que estamos ante un supuesto de daño desproporcionado, que se produciría en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que cabría esperar o asumir del mismo. La aplicación de esta doctrina, según es generalmente admitido, opera en el sentido de aliviar la carga de la prueba al reclamante, a la hora de acreditar la concurrencia de los presupuestos y requisitos de la responsabilidad indemnizatoria; pues en tal escenario de producción de resultados anormal e inusualmente graves y desproporcionados, una vez probado por el reclamante el daño y la propia condición de desproporción, se desplaza al demandado (i) la prueba de su comportamiento diligente

conforme a la *lex artis*, o (ii) la causación del daño por una circunstancia ajena a su ámbito de control que pueda calificarse como fuerza mayor.

Responde esta doctrina a una regla de desplazamiento de la prueba que realmente es de lógica y sentido común, a saber: que cuando en el contexto de la realización de un acto médico sobreviene un daño inusitadamente grave y anormal en cuanto que ajeno al lógico devenir que cabe esperar de dicho acto (es decir, un daño que no cabe explicar como un riesgo típico del mismo), tal resultado resulta elocuente por sí mismo (de ahí que se acuda a la locución "*res ipsa loquitur*" para caracterizarlo) en el sentido de que por su gravedad y anormalidad da lugar a una inicial presunción de praxis inadecuada o defectuosa; presunción que ciertamente opera *iuris tantum*, de manera que al Servicio médico le corresponde dar una explicación satisfactoria que permita descartar esa mala praxis.

Así, ante una invocación sólida y fundada de esta doctrina del daño desproporcionado, se requerirá del Servicio sanitario demandado, para liberarle de responsabilidad, una explicación razonable y coherente acerca de la asimetría sobrevenida entre el riesgo inicial que cabía vaticinar de la actividad médica desarrollada, y las consecuencias lesivas realmente producidas; y si esta explicación razonable no se da o es insuficiente, la ausencia de explicación podrá operar como título suficiente para afirmar la imputación y la relación de causalidad que abre la puerta a la afirmación de la responsabilidad.

Por consiguiente, podemos acercarnos a la caracterización jurídica del daño desproporcionado, en sede de responsabilidad patrimonial sanitaria, señalando que para que pueda invocarse fructíferamente la doctrina del daño desproporcionado, han de concurrir conjuntamente los siguientes cuatro requisitos: 1º) Producción de un resultado inesperado y anormalmente grave y desproporcionado, por comparación o contraste con el riesgo inicial que implicaba la actividad médica; 2º) Insusceptibilidad de subsumir ese resultado anormal y grave dentro de los riesgos típicos de la actuación médica en cuestión; 3º) Relación de causalidad entre el daño desproporcionado y el acto médico concernido; y 4º) Falta de explicación suficiente, lógica y razonable de tal resultado por parte de la Administración sanitaria.

En esta línea, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (rec. 2822/2014) dice:

"[...] la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicable por la demandada.

*3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración*

sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado."

Pues bien, en nuestro caso la Administración no ha acreditado que actuase diligentemente, el hecho que la radiofrecuencia del pudiendo pudiera estar indicada para tratar las dolencias de la actora, no es un elemento suficiente, tenía que haberse acreditado que se actuó conforme a la *lex artis*, y, en nuestro caso no podemos dar por cierta tal circunstancia. Es más, valorando los informes periciales que se han aportado en concreto el del Dr. _____ y el de la Dra. _____ consideramos que hemos de dar más crédito al primero de ellos, pues como se ha dejado dicho más arriba el Dr. _____ es neurólogo, frente a la Dra. _____ que es especialista de Cirugía General y Digestivo, y, desde esta perspectiva hemos de recordar como el artículo 348 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero establece la valoración de los dictámenes periciales "*según las reglas de la sana crítica*", lo que significa que las conclusiones de los peritos deben ser examinadas depurando sus razonamientos (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1988), ponderándose atendiendo a su fuerza convincente (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1989, 3 de octubre de 1990 o 31 de mayo y 5 de junio de 1991, análoga de 30 de junio de 1994), y es que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991).

El Tribunal Supremo viene incluso a establecer una prioridad, en caso de dictámenes periciales discrepantes:

1. Se acogen las conclusiones coincidentes de la mayoría de los peritos.
2. Se sigue el criterio de la mayor categoría profesional o grado de titulación del perito.
3. Con frecuencia, atender con preferencia a la fuerza convincente de los informes (complitud, congruencia y fundamentación).

Todo ello nos lleva a considerar que estamos ante una lesión iatrogénica, causada por una intervención no consentida, frente a la cual, la Administración y la codemandada no han acreditado que se desplegasen una adecuada asistencia facultativa, conforme a las exigencias de la *lex artis*, lo que nos hace considerar que la actora ha padecido un daño que no tenía obligación de soportar y que, por lo tanto, tiene que ser indemnizada.

DECIMOPRIMERO: Queda por último valorar como se indemniza a la recurrente. En este orden de cuestiones tenemos dos informes de valoración de daño corporal, que, a diferencia de los anteriores en materia de praxis, nos parecen igual de sólidos y fiables, El primero el del Dr. _____ nos plantea un montante total de 287.355,24 €, y, otro, el del Dr. D. _____

que si bien no es neurólogo es Médico Forense excedente, uno de cuyos cometidos, precisamente, es el de la valoración del daño corporal, quien propone una indemnización en caso de estimarse la demanda de 155.553.71 €. Ambos peritos tienen un conocimiento directo de la lesionada a quien han examinado.

En materia de indemnización por responsabilidad sanitaria el principio que rige es el de la "reparación integral", dado que tanto el artículo 106.2 de la Constitución, como los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se refieren a "toda lesión" que los particulares "sufran en cualquiera de sus bienes y derechos".

De ahí que el Tribunal Supremo, desde un primer momento, haya afirmado que la obligación de indemnización ha de tender a proporcionar "la indemnidad" y la reparación integral del perjudicado, que, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de fechas de 31 de marzo de 2009 (RCAs 854/2005), 23 de marzo de 2010 (RCAs 4925/2005) y las que en ellas se citan, implica la necesidad de reparar la totalidad de los daños y perjuicios que resulten acreditados, para conseguir la indemnidad del perjudicado.

Por otra parte es sabido que la jurisprudencia ha reiterado que la aplicación del baremo para accidentes de tráfico en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es de ampliación orientativa, y no directa y vinculante (entre otras, SSTs de 14 de octubre de 2014; de 6 de mayo de 2015; de 23 de julio de 2015; o de 25 de septiembre de 2015, y más modernamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de septiembre de 2020, RCAs 123/2020, reiterando su anterior doctrina, nos dice:

«Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34. 2º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) " no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo " (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se establece en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, " podrá tomar como referencia " dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. porque lo que se propone es " tomarlo como referencia ".»

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2023 (RCAs 152/2022) expresa, refiriéndose a la aplicación de los baremos, lo siguiente:

«En cuanto a la cuestión relativa a la aplicación del baremo, hay que tener cuenta varios aspectos. Así, por un lado, que, como acertadamente ha venido reiterando la Administración, para la evaluación del daño cabe la utilización orientativa, no vinculante, de baremos existentes en otros ámbitos (SSTs de 7 de diciembre de 2005 -recurso de casación núm. 6649/2001- y 3 de mayo de 2012

-recurso de casación núm. 2441/2010-, entre otras muchas), como los previstos para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No obstante, esta utilización orientativa de los baremos descarta una aplicación automática de los mismos, puesto que lo que se persigue con la indemnización es que se produzca una reparación integral de los perjuicios - el artículo 106.2 de la Constitución reconoce el derecho a ser indemnizado "por toda lesión", pero atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Este carácter orientativo ha obtenido reconocimiento legal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al disponer que "En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social" (artículo 34.2 segundo inciso), sin imponer su aplicación automática y ajena a los factores de todo tipo que pueden incidir. »

La Sala pues considera que una indemnización en cuantía de **DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000)** resarcie suficientemente a la actora, pues no debemos olvidar, que al margen del déficit en el consentimiento informado, que es resarcible como daño moral, la misma se ha visto gravemente afectada en sus actividades normales y el desarrollo de su vida diaria, pues la alteración vulvocavernosa la limita seriamente para la vida sexual y de relación, y no olvidemos que la recurrente tiene en la actualidad 33 años, lo que unido al trastorno adaptativo, a la incontinencia que también padece y a la incapacidad permanente nos parece una cantidad que, a tanto alzado, es suficiente y ajustada a derecho.

DECIMOSEGUNDO; A la cantidad de doscientos mil euros que hemos fijado en el fundamento anterior de esta sentencia, habrán de añadirse los intereses legales desde la fecha de notificación de la presente resolución, sin que procedan otros mecanismos de actualización, toda vez que consideramos que la indemnización anterior ha sido fijada como una como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda ya actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (por todas, sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 1998, dictada en el RCAs 7223 de 1993); procedimiento, ese, que parece especialmente adecuado en un caso como el de autos, en que la cantidad no ha sido determinada hasta sentencia y nunca ha sido líquida ni liquidable, criterio que igualmente hemos acogido en numerosas sentencias de esta Sala y Sección.

Todo lo anterior nos lleva a la estimación parcial del presente recurso formulado por la Sra. Procurador de los Tribunales D^a en nombre y representación de D^a contra la Orden del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 18 de mayo de 2022 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 26 de octubre de 2018 como consecuencia de lo que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital de la Paz, resolución que, por no ser plenamente conformes a derecho anulamos, reconociéndose a la parte actora una indemnización de doscientos mil euros (200.000), cantidad a la que habrá de añadirse el interés legal del dinero desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta su completo pago.

y **DECIMOTERCERO:** Tratándose de una estimación parcial no ha lugar a efectuar pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta instancia, de conformidad con el art.139 de la LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

PRIMERO: Que DEBEMOS ESTIMAR y EN PARTE ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo formulado por la Sra. Procurador de los Tribunales D^a en nombre y representación de D^a contra la Orden del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 18 de mayo de 2022 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 26 de octubre de 2018 como consecuencia de lo que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital de la Paz, resolución que, por no ser plenamente conforme a derecho anulamos, reconociéndose a la expresada D^a una indemnización de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000), cantidad a la que habrá de añadirse el interés legal del dinero desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta su completo pago.

SEGUNDO: No hacemos pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta instancia.

Expídanse por Sra. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J.

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J. expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº y se consignará el número de cuenta-expediente en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en nombre de S.M. el Rey de España.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en parte firmado electrónicamente por RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA (PON), M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS (PSE), FRANCISCA ROSAS CARRION, GUILLERMINA YANGUAS MONTERO

