



Roj: **STSJ GAL 1928/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:1928**

Id Cendoj: **15030330012023100236**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2023**

Nº de Recurso: **572/2022**

Nº de Resolución: **259/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA : 00259/2023

Ponente: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

Recurso: RECURSO DE APELACION 572/2022

Apelante: D^a. Regina

Apelada: SERVICIO GALEGO DE SAUDE, XL INSURANCE COMPANY, S.E., SUCURSAL EN ESPAÑA

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente

D^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. María Amalia Bolaño Piñeiro

A Coruña, a 29 de marzo de 2023.

El recurso de apelación 572/2022 pendiente de resolución ante esta Sala fue promovido por D^a. Regina , representada por la procuradora D^a. María Trinidad Calvo Rivas y dirigida por el letrado D. Cipriano Casteje Martínez contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2022 dictada en el Procedimiento Ordinario 518/2019 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de los de Santiago de Compostela, siendo partes apeladas el Servicio Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado de la Xunta de Galicia y XL Insurance Company, S.E., Sucursal en España, representada por la procuradora D^a. María Soledad Sánchez Silva y dirigida por el letrado D. Eduardo María Asensi Pallarés.

Es ponente el Ilmo. Sr. **D. Fernando Seoane Pesqueira.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: *"ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por D^{ÑA}. Regina contra el SERGAS y la entidad aseguradora XL INSURANCE S.A., sobre impugnación de la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la actora; DECLARO la no conformidad a derecho del acto recurrido que se anula y, en consecuencia, CONDENO solidariamente al SERGAS y, hasta donde alcance la cobertura de la*



póliza, a la entidad aseguradora codemandada, a abonar a la actora la cantidad total 6.000 euros; cantidad a la que habrán de añadirse los intereses legales del art. 106.2 de la LJCA a contar desde la fecha de reclamación y cuyo cálculo se difiere, en caso de discrepancia, para ejecución de sentencia."

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, salvo el tercero en lo que resulte contradicho por los que a continuación se exponen, y

PRIMERO: Objeto de apelación.-

Doña Regina impugnó la resolución de 27 de octubre de 2019 del Secretario Xeral Técnico de la Consellería de Sanidade, por delegación del Conselleiro, desestimatoria de la reclamación de la indemnización de 64.138,94 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Universitario Álvaro Cunqueiro de Vigo.

La reclamación estuvo motivada por la lesión causada a la recurrente en el nervio obturador derecho en el curso de la intervención quirúrgica de histerectomía radical tipo Wertheim Meigs practicada el día 11 de enero de 2017 en dicho Hospital, por lo que la actora considera que ha existido mala praxis al no haberse desarrollado la asistencia conforme a la *lex artis*.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo y condenó al Sergas y a la aseguradora XL Insurance S.A. a abonar a la actora la cantidad total de 6.000 euros, más los intereses legales del artículo 106.2 LJ a contar desde la fecha de la reclamación.

Con apoyo en las dos periciales judiciales practicadas, descarta el juzgador de primera instancia que la sección iatrogénica del nervio obturador, producida durante la intervención quirúrgica de histerectomía radical, constituya mala praxis, pues es una complicación o riesgo típico de dicha operación, habiéndose puesto a disposición de la paciente todos los medios y pericia acorde a la "*lex artis ad hoc*" para curar a la actora de su cáncer de útero infiltrante, objetivo que se ha logrado. Sin embargo, se otorga la suma de 6.000 euros porque el consentimiento informado prestado por la paciente previamente a la intervención era el propio de una histerectomía parcial, no total o radical, que es la que finalmente se practicó, sin que la lesión del nervio obturador se incluya como una de las complicaciones o riesgos inherentes a esta intervención.

Frente a dicha sentencia interpone recurso de apelación la demandante, quien, con carácter principal, reclama, en el escrito de formalización, la reparación integral del daño y consiguiente indemnización en la cuantía solicitada en la demanda (64.138,94 euros), pero introduce una petición subsidiaria, para el caso de que se aprecie únicamente ausencia de consentimiento informado, a fin de que se eleve la suma otorgada a 50.000 euros, ponderando la magnitud de los daños de un riesgo manifestado y no asumido.

SEGUNDO: Antecedentes fácticos que se desprenden de la historia clínica, expediente administrativo y de las periciales practicadas.-

Conviene comenzar concretando los hechos acaecidos, que se desprenden de la historia clínica, expediente administrativo y de las pruebas periciales practicadas, para una mayor clarificación de cara al enjuiciamiento en esta segunda instancia.

Doña Regina, nacida el NUM000 de 1977, tras biopsia por incisión, había sido diagnosticada de carcinoma infiltrante de cérvix de células escamosas en septiembre de 2016 en el Hospital de Gandía.

Con ese diagnóstico anatomo-patológico la paciente acudió el 30 de noviembre de 2016 al Complejo Hospitalario Universitario de Vigo (CHUVI), tras solicitar traslado de expediente desde Gandía, siendo incluida en lista de espera con prioridad 1 para la realización de histerectomía/anexectomía.

El día 2 de diciembre de 2016 firma el documento de consentimiento informado para dicha intervención, en el que se hace constar que se trata de una intervención quirúrgica mayor no exenta de riesgos del tipo de hemorragias, infecciones y accidentes tromboembólicos, añadiendo que ocasionalmente puede hacer inevitable la lesión directa, indirecta o diferida de estructuras pélvicas vecinas, generalmente digestivas y urinarias, lo cual puede no ser detectado en el acto quirúrgico, siendo diagnosticado durante el postoperatorio, cuyas complicaciones pueden requerir únicamente tratamiento médico, pero a veces la gravedad de algunas

de ellas puede hacer necesaria una nueva intervención quirúrgica. En dicho documento se añadió a mano "histerectomía/anexectomía. Werthein-Meig" y "explico cirugía W. Meigs".

Tras ser valorada de nuevo en consulta del servicio de ginecología el 14 de diciembre de 2016 y en consulta prequirúrgica el 3 de enero de 2017, la paciente ingresa en el centro hospitalario el 10 de enero de 2017 y al día siguiente se realiza, mediante laparoscopia, la cirugía programada de histerectomía radical, con hora de inicio a las 9:30 y finalización a las 14:30, reseñándose en la hoja de intervención que en la disección linfática derecha a nivel del tercio medio del nervio obturador ocurre un incidente seccionándolo accidentalmente, decidiéndose durante el mismo acto la sutura término terminal con prolene de 5/0, tras valoración por neurocirugía y consejo de traumatología, quedando los extremos confrontados.

El primer día tras la cirugía la paciente presenta cierta dificultad en la movilización de la pierna derecha, por lo que se realiza interconsulta con el servicio de rehabilitación.

El segundo día postcirugía moviliza mucho mejor la pierna derecha, siendo valorada ese día 13 de enero de 2017 por el servicio de rehabilitación, y tras exploración completa se emite juicio clínico de paresia de miembro inferior derecho secundaria a lesión del nervio obturador, pautando tratamiento rehabilitador de potenciación muscular, trabajo de equilibrio, transferencias y reeducación de la marcha.

La evolución de la paciente fue favorable, por lo que es dada de alta el 26 de enero de 2017 con el diagnóstico de carcinoma infiltrante de cérvix de células escamosas, haciendo constar como complicaciones las de lesión del nervio obturador que precisa rehabilitación así como absceso abdominal y manejo conservador.

El informe del servicio de anatomía patológica de la pieza de histerectomía total y salpinguectomía bilateral es de mínimo foco residual de carcinoma epidermoide en cérvix, labio posterior que mide 2 milímetros de extensión horizontal y 2 milímetros de profundidad (grosor total del labio posterior del cérvix: 1,2 cm), focos de lesión escamosa intraepitelial de bajo grado, estadio pT1A1, márgenes quirúrgicos libres de afectación, endometrio de tipo secretor, trompas de falopio sin alteraciones relevantes; la pieza de linfadenectomía derecha presenta 17 ganglios linfáticos sin evidencia de malignidad, la pieza de linfadenectomía izquierda presenta 12 ganglios linfáticos sin evidencia de malignidad.

En comité de tumores del día 27 de enero de 2017 se decide seguimiento de la paciente hasta julio de 2017 en que se traslada al área sanitaria de la Comunidad Valenciana, para lo que se aportan a la paciente informe de ginecología, electromiografía y se recomiendan controles en onco-ginecología cada 3-4 meses.

La paciente también realizó tratamiento y seguimiento por el servicio de rehabilitación hasta su traslado a Valencia, de lo que se deriva que el 22 de mayo persistía clara paresia con mayor afectación proximal importante, por lo que se añadió electroestimulación, realizándose el 14 de junio electromiografía que ofreció neurotmesis-axonotmesis severa de nervio obturador derecho, y el 22 de junio de 2016 se efectúa la última consulta de rehabilitación en el CHUVI, reseñándose evolución lenta, con mejoría a nivel de psoas, recto, vasto lateral, y, dado que persiste dolor intenso, se aconseja abordaje por parte de la Unidad de Dolor de centro de referencia, y al persistir limitaciones funcionales se aconseja seguimiento por unidad de rehabilitación de referencia.

Una vez trasladada al área sanitaria de la Comunidad Valenciana, la paciente continuó tratamiento rehabilitador en el Hospital Francisc de Borja de Gandía desde el 10 de agosto de 2017, en cuya fecha se reconoce dolor y debilidad en el muslo derecho, balance muscular del psoas 3/5, balance muscular del aductor 2/5 e hipoestesia en la zona inguinal.

El día 3 de octubre de 2017 se realiza nueva electromiografía, en la que no se aprecia actividad, espontánea ni voluntaria, en el músculo aductor brevis y longus y con mínima actividad en el magnus.

Con fecha 11 de octubre de 2017, dado el tiempo de evolución y la escasa mejoría, el servicio de rehabilitación considera a la paciente estabilizada, reconociendo la siguiente situación:

- Dolor incapacitante en la pelvis a los 500 metros.
- Dolor que interfiere en las actividades de la vida diaria.
- Pendiente de valoración por la unidad de dolor.

Con fecha 12 de marzo de 2018 se realiza bloqueo del nervio obturador por la unidad de dolor, reconociéndose el 23 de mayo de 2018 mínima o ninguna mejoría.

La paciente fue dada de alta laboral el 21 de junio de 2018.

En exploración realizada el 9 de julio de 2018 por don Luis Andrés, especialista en valoración de daño corporal, apreció en la señora Regina anestesia inguinal derecha, persistencia de intenso dolor en cara interna del



muslo (ocasionalmente en la cara interna de la rodilla) y notable torpeza y debilidad para la deambulaci3n, concretando a la inspecci3n deambulaci3n asistida por bast3n y aumento de base para la sustentaci3n, patente atrofia del muslo e imposibilidad para caminar de talones y dificultad para caminar de puntillas.

Con fecha 29 de noviembre de 2018 el Jefe de servicio de evaluaci3n de personas con diversidad funcional de la Generalitat Valenciana emiti3 dictamen t3cnico facultativo en el que se hace constar el 32% como grado de limitaci3n de las actividades por: 1º Limitaci3n funcional en miembro inferior por mononeuritis de miembro inferior de etiologfa iatrog3nica, y 2º P3rdida quir3rgica total de un 3rgano de etiologfa tumoral.

TERCERO: Examen de los motivos de apelaci3n.-

1. El motivo central en que se funda el recurso de apelaci3n es la alegaci3n de error en la valoraci3n de la prueba documental, pericial y pericial judicial, asf como motivaci3n insuficiente de la suma concedida como indemnizaci3n, la cual, seg3n la apelante, no repara integralmente el daa causado.

La apelante parte de que ha tenido lugar la infracci3n de la " *lex artis*", y que, por ello, procede la reparaci3n integral del daa, pues existe una clara relaci3n causal entre las lesiones neurol3gicas que presenta la paciente y la lesi3n del nervio obturador durante la intervenci3n quir3rgica.

2. Para la reparaci3n integral del daa que la demandante reclama es necesario que se acredite la relaci3n causal entre el daa causado y el funcionamiento del servicio p3blico, lo que en el caso presente se traduce en la vinculaci3n causal entre las lesiones neurol3gicas sufridas por la seora Regina y la lesi3n del nervio obturador durante la intervenci3n quir3rgica realizada el 11 de enero de 2017. Pero, junto a ello, tambi3n debe acreditarse la antijuridicidad del daa (que en el artfculo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de R3gimen Jurfdico del Sector P3blico, se recoge con la expresi3n de no tener el deber jurfdico de soportar el daa) por infracci3n de la " *lex artis ad hoc*", ya que si la antijuridicidad tiene su origen en otros factores, como pueden ser la inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado o la aplicaci3n de la doctrina de la p3rdida de oportunidad, la cuantfa de la indemnizaci3n se reduce, porque ya no es el daa causado lo que ha de repararse sino un daa moral derivado bien de la vulneraci3n del derecho de autodeterminaci3n del afectado o bien de la privaci3n de expectativas consecuentes a que otro pudo ser el curso de los acontecimientos si se hubiera actuado de otro modo. Por tanto, para que pueda acogerse la fntegra indemnizaci3n que se postula, por importe de 64.138,94 euros, resulta decisiva la acreditaci3n de que concurri3 mala praxis en la actuaci3n m3dica.

El juzgador "a quo" apreci3 insuficiencia del consentimiento informado, y de ello deriv3 la antijuridicidad del daa, aminorando el importe de la indemnizaci3n a 6.000 euros, porque el consentimiento informado prestado por la paciente previamente a la intervenci3n era el propio de una histerectomfa parcial, no total o radical, que es la que finalmente se practic3, sin que la lesi3n del nervio obturador se incluya como una de las complicaciones o riesgos inherentes a esta intervenci3n. Y la apelante, en su petici3n principal, muestra su disconformidad con tal apreciaci3n y pretende que la antijuridicidad del daa se funde en la infracci3n de la " *lex artis*", con el consiguiente incremento de la suma indemnizatoria.

Resulta indubitado que la lesi3n del nervio obturador se produjo durante la intervenci3n quir3rgica de 11 de enero de 2017, y con ello se demuestra la relaci3n causal, pero no la mala praxis que se denuncia por la actora.

Para dilucidar si cabe apreciar la infracci3n de la " *lex artis*" en el caso presente contamos con los dict3menes del perito judicialmente designado don Victor Manuel , m3dico especialista en obstetricia y ginecologfa, la tambi3n perito judicial doa Carolina , facultativa especialista en cirugia pl3stica, est3tica y reparadora, y el informe pericial de don Alexander , m3dico especialista en ginecologfa y obstetricia, que ha de depuesto a instancia de la aseguradora XL Insurance. Se ha practicado asimismo la prueba pericial de don Luis Andr3s , especialista en valoraci3n de daa corporal, quien por su especialidad solamente ha podido emitir su dictamen sobre la entidad del daa causado.

Especialmente esclarecedor es el informe del doctor Victor Manuel , quien explica racionalmente y con profusi3n lo ocurrido y no considera que pueda calificarse como mala praxis la secci3n del nervio obturador ocurrida durante la operaci3n de 11 de enero de 2017, en cuya apreciaci3n coincide asimismo la doctora Carolina .

Explica el doctor Victor Manuel que la lesi3n nerviosa durante la histerectomfa radical (para afrontar el c3ncer de cuello de 3tero diagnosticado) es una de las complicaciones asociadas a este tipo de cirugia oncol3gica, siendo las que se presentan con mayor frecuencia las de los nervios femoral, obturador, g3nito femoral y femorocut3neo externo entre otros, siendo las lesiones del nervio obturador las alteraciones neurol3gicas m3s frecuentes durante la extirpaci3n de los ganglios linf3ticos obturadores de la fosa obturatriz, a lo que en este caso se aadi3 un riesgo individual de la paciente al tener el tejido linfograso especialmente adherido al perineuro por fibrosis, lo cual aumenta el riesgo de lesi3n inadvertida en el momento de la disecci3n y hemostasia (ese aspecto tambi3n se resalta en el informe del doctor Carmelo , del servicio de ginecologfa del



CHUVI), teniendo en cuenta, además, el pequeño tamaño del nervio, en torno a 8 milímetros, variando según el factor anatómico individual de la paciente. Es más, en este informe pericial se aclara que aquella lesión del nervio obturador tiene una incidencia entre el 0,5% y el 2% en las operaciones, como la presente, en que se requiere aquella disección de ganglios linfáticos. De ese modo se justifica el modo en que ocurrió la lesión del nervio obturador y se da respuesta al interrogante que plantea la apelante sobre las características de la incidencia durante la operación a que se alude en la hoja de intervención.

Añade el mencionado perito judicial que en la histerectomía radical (extirpación de útero, tejidos contiguos, cuello uterino y parte superior de la vagina adyacente) se extirpan también algunos ganglios linfáticos para saber si tienen cáncer, porque el que se origina en el cuello uterino puede propagarse a ellos en la pelvis, conociéndose ese procedimiento de extirpación como disección de ganglios linfáticos pélvicos o muestreo de ganglios linfáticos.

El doctor Victor Manuel informa asimismo que, una vez producida la sección del nervio obturador durante la intervención, el cirujano se percató en el momento de esa incidencia, por lo que realizó la unión mediante sutura de sus extremos (anastomosis), tras valoración por el servicio de neurocirugía y consejo de traumatología, y con ello evitó consecuencias más graves. Y la doctora Carolina aclara que si no se hubiera detectado la lesión intraoperatoriamente se tenía que haber planteado una reconstrucción diferida secundaria con peor pronóstico, de modo que el tratamiento fue el idóneo y el hecho de que la recuperación de la lesión del nervio obturador no fuese completa se debe a factores inherentes a la propia paciente y a la lesión que presentaba, pese a lo cual la actuación del equipo médico fue ajustada al protocolo y a la " *lex artis ad hoc*".

Es decir, la sección del nervio obturador ocurrida, además de constituir una de las complicaciones típicas de la histerectomía radical, en el caso presente tuvo un riesgo individual añadido, derivado de que la paciente tenía el tejido linfograso especialmente adherido al perineuro por fibrosis, lo cual aumentaba tal riesgo de lesión inadvertida. En este sentido coincide el dictamen del doctor Alexander, quien afirma que la fibrosis del tejido linfograso pélvico es una predisposición individual a mayor dificultad de exéresis de ganglios y consecuentemente a potenciales lesiones con más facilidad.

En todas las anteriores apreciaciones coincide en su dictamen la doctora Carolina, quien añade que en este caso la reparación primaria del nervio en la propia intervención no pudo lograr la recuperación completa, pero sí minimizó las posibles secuelas de la lesión, junto a la rehabilitación precoz llevada a cabo, la cual se propició precisamente por aquella detección temprana de la sección.

En definitiva, no existe base para apreciar mala praxis ni infracción de la " *lex artis*" en la actuación médica, por lo que la antijuridicidad del daño no puede derivar de la mala praxis pretendida por la apelante, máxime si se tiene en cuenta que se logró el objetivo principal de la intervención quirúrgica, cual era la curación del cáncer de cuello de útero que padecía la actora.

Es por ello que no puede acogerse el motivo del recurso de apelación fundado en la alegación de error en la valoración de la prueba documental, pericial y pericial judicial, pues la Sala coincide plenamente con la argumentación de la sentencia apelada en cuanto que descarta aquella vulneración de la " *lex artis*".

3. La apelante también alega la doctrina del daño desproporcionado en base a que del cáncer curó, pero salió con un nervio seccionado y con graves secuelas para toda la vida, algunas irreversibles, como se demuestra en el informe de valoración, con cojera crónica y minusválida, con 39 años en el momento de los hechos.

No existe base alguna para aplicar la doctrina del daño desproporcionado, puesto que ya hemos visto que la lesión del nervio obturador se hallaba entre las complicaciones típicas de una intervención quirúrgica de histerectomía radical.

La doctrina del daño desproporcionado ha sido elaborada jurisprudencialmente como un instrumento al que se recurre en determinadas ocasiones para demostrar la antijuridicidad del daño.

La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la doctrina del daño desproporcionado, señalando lo siguiente:

" El daño desproporcionado tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso 1508/2013), "La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicable por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de



pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución".

En esa tesitura está la Administración sanitaria obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria recogido en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011), porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación (STS de 19 de septiembre de 2012, RC 8/2010).

En esa hipótesis de daño desproporcionado únicamente no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

Una didáctica síntesis de lo que significa esa doctrina se recoge en la sentencia de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente en la de 6 de octubre de 2015 (Recurso 3808/2013), en los siguientes términos:

" 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 inexplicado 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 causa".

El daño causado a la recurrente no puede integrarse en ese concepto porque no se trata de un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, además de que de la prueba pericial practicada se desprende que la lesión del nervio obturador se presentaba como una opción posible y un riesgo propio de la histerectomía radical llevada a cabo, llegando a convencer aquellas pericias del modo en que se ha llegado a ese resultado.

4. En el recurso de apelación se insiste por la apelante en que no consta acreditado que tras la intervención quirúrgica y durante el ingreso hospitalario se hubiera informado a la paciente de la sección del nervio obturador que se había producido en quirófano, enterándose cuando aparecieron los primeros síntomas que provocó la sección nerviosa. Se argumenta que el derecho a la información forma parte de la continuidad asistencial, y en este caso falló la información ex ante y ex post.

La normativa reguladora del consentimiento informado no ampara la anterior alegación porque cuando el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que " Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma" se está refiriendo a la previa a la actuación médica, porque seguidamente dicho precepto dispone que la " información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias" y que se comunicará al paciente para ayudarle a " tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad", lo que, llevado al caso presente, obliga a proporcionar a la paciente la información necesaria para adoptar la decisión sobre la intervención quirúrgica con arreglo a su voluntad de autodeterminación. Lógicamente también ha de suministrarse información sobre el proceso asistencial tras la intervención, pero



ni en el caso presente consta que se haya omitido, ni es exigible que esa información a posteriori figure en la historia clínica por escrito, pudiendo proporcionarse de forma verbal.

5. En último término, la apelante muestra su disconformidad con la suma de 6.000 euros fijada en la sentencia apelada.

El juzgador "a quo" otorga la suma de 6.000 euros porque el consentimiento informado prestado por la paciente previamente a la intervención era el propio de una histerectomía parcial, no total o radical, que es la que finalmente se practicó, sin que la lesión del nervio obturador se incluya como una de las complicaciones o riesgos inherentes a esta intervención.

En efecto, en el informe pericial del doctor Victor Manuel se hace constar que el documento de consentimiento informado que suscribió la paciente el 2 de diciembre de 2016 fue el propio de una histerectomía simple en la que, tal como explica el propio perito judicial, se extirpa tanto el cuerpo como el cuello del útero, pero no las estructuras próximas, como el parametrio y ligamentos uterosacros, ni tampoco la vagina ni los ganglios linfáticos de la pelvis, y sin embargo la practicada fue una histerectomía radical, en la que se extirpa el útero, los tejidos contiguos (parametrio y ligamentos uterosacros), el cuello uterino y la parte superior de la vagina adyacente al cuello uterino. Consecuencia de ello es que las complicaciones que se reseñaron en el documento de consentimiento informado eran hemorragias, infecciones y accidentes tromboembólicos, lesión directa o diferida, de estructuras pélvicas vecinas, generalmente digestivas y urinarias, lo cual puede no ser detectado en el acto quirúrgico sino ser diagnosticado en el postoperatorio, pudiendo hacer necesaria una intervención quirúrgica la gravedad de algunas de ellas. Sin embargo, no se reseñaron las complicaciones propias de la histerectomía radical, una de ellas las lesiones vasculares y/o neurológicas. Ciertamente es que en el consentimiento informado suscrito por la señora Regina de la histerectomía simple consta escrito a bolígrafo que la intervención es un Werthein Meigs y se añade "explico cirugía", con lo que se alude a una técnica quirúrgica propia de la histerectomía radical, lo que ha llevado a la doctora Carolina a deducir que, pese a que no consta en el documento la palabra linfadenectomía, sí consta que se explicó a la paciente de modo verbal qué se iba a realizar y en qué consistía, pero también es verdad que no figura que se haya explicado el riesgo de lesiones neurológicas como la padecida (es lógico pensar que la lesión del nervio obturador es neurológica y no está comprendida entre las de las estructuras pélvicas vecinas), por lo que resulta más convincente la conclusión del doctor Victor Manuel de que la información escrita recibida es insuficiente para la histerectomía radical a la que fue sometida, pues esta deducción, seguida asimismo por el juzgador de primera instancia, resulta más acorde con el tenor del artículo 10.1.b y c de la Ley 41/2002 cuando dispone que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente sobre los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, y los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

En consecuencia, la indemnización a otorgar ha de tener en cuenta que la antijuridicidad del daño deriva de la insuficiencia del consentimiento informado en cuanto que infracción del derecho a la libre determinación de la paciente para elegir entre las diversas opciones posibles (histerectomía simple o radical con sus diferentes riesgos). En este sentido declara la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011 (recurso de casación 2154/2010), recordando lo dicho en otra anterior de 2 de noviembre de 2011 (RC 3833/2009):

"... la falta o insuficiencia de la información debida al paciente... constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)".

Por su parte, en la STS 9 de octubre de 2012, (RC 5450/2011) se argumenta que la cuantía de la indemnización ha de fijarse en atención al caso concreto, en función de las consecuencias lesivas.

En el caso presente, las secuelas que le quedan a la demandante son de relevancia porque se hacen constar: a) Dolor incapacitante en la pelvis a los 500 metros, B) Dolor que interfiere en las actividades de la vida diaria, y C) Tras el bloqueo del nervio obturador por la unidad del dolor se ha producido mínima o ninguna mejoría.



De cara a la especificación de las secuelas que le han quedado a la señora Regina hay que tener en cuenta el resultado de la exploración e inspección llevada a cabo el 9 de julio de 2018 por don Luis Andrés, especialista en valoración de daño corporal, quien apreció anestesia inguinal derecha, persistencia de intenso dolor en cara interna del muslo (ocasionalmente en la cara interna de la rodilla) y notable torpeza y debilidad para la deambulaci3n, concretando a la inspecci3n deambulaci3n asistida por bast3n y aumento de base para la sustentaci3n, patente atrofia del muslo e imposibilidad para caminar de talones y dificultad para caminar de puntillas.

Para la fijaci3n de la indemnizaci3n a conceder hay que tener en cuenta que las secuelas descritas le han quedado a una persona joven, pues en el momento de los hechos tena 39 a 1os, pero tambi3n hay que computar que en 2016 le haba sido diagnosticado carcinoma infiltrante de c3rvix de c3lulas escamosas en septiembre de 2016, que es precisamente lo que motiv3 que acudiese a la sanidad p3blica gallega para afrontar el tratamiento quir3rgico, que result3 exitoso salvo la incidencia que ha motivado este litigio.

En consecuencia, la Sala estima que ha de elevarse la cuantía indemnizatoria hasta 20.000 euros como reflejo de las consecuencias lesivas que han quedado detalladas, que, si bien no pueden ser reparadas en su integridad al no apreciarse infracci3n de la "lex artis", sí han de dar lugar a aquel incremento tras la apreciaci3n del insuficiente consentimiento informado.

Por todo lo cual procede la estimaci3n parcial del recurso de apelaci3n.

CUARTO: Costas procesales.-

Con arreglo a lo dispuesto en el art3culo 139.2 de la Ley de la Jurisdicci3n Contencioso administrativa, al acogerse, siquiera parcialmente, el recurso de apelaci3n, no se har3 especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los art3culos citados y dem3s preceptos de general y pertinente aplicaci3n.

FALLAMOS

que con **acogimiento parcial** del recurso de apelaci3n interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo n3 1 de Santiago de Compostela de 4 de julio de 2022, **REVOCAMOS** la misma, y en su lugar elevamos a **VEINTE MIL EUROS (20.000 €)**, m3s los intereses legales desde la fecha de la reclamaci3n en v3a administrativa, la indemnizaci3n a cuyo pago se condena solidariamente al Sergas y a la aseguradora XL Insurance S.A., sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haci3ndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casaci3n ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite inter3s casacional. Dicho recurso habr3 de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA d3as, contados desde el siguiente al de la notificaci3n de la resoluci3n que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del art3culo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicci3n contencioso-administrativa. Para admitir a tr3mite el recurso, al prepararse deber3 constituirse en la cuenta de dep3sitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0572-22), el dep3sito al que se refiere la Disposici3n Adicional Decimoquinta de la Ley Org3nica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE n3m. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devu3lvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificaci3n de esta resoluci3n.

As3 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.