

Dictamen n^o: **430/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09.12.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 9 de diciembre de 2010, sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por M.C.D.F., en reclamación de indemnización como consecuencia de las secuelas estéticas derivadas de una intervención de reconstrucción mamaria postmastectomía con reducción de la mama no afectada, practicada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid.

La indemnización solicitada asciende inicialmente a 89.936,99.-€.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en la Subdelegación del Gobierno de Salamanca el 1 de octubre de 2008, con entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 3 del mismo mes, se presenta reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria madrileña solicitando una indemnización de 89.936,99.-€. Debe señalarse que dicho escrito aparece dirigido por medio de representación letrada, si bien firmado por la propia reclamante.

En el escrito de reclamación, se realizan una serie de consideraciones genéricas relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración

sanitaria, derechos de los pacientes y consentimiento informado. Dicho escrito de reclamación se acompaña del denominado “*Relato según los hechos*”, efectuado por la propia interesada, en la que los daños descritos parecen consistir en la reducción de volumen de la mama izquierda en la que también padece una cicatriz en forma de T.

En la reclamación se solicita la indemnización de los siguientes daños: daño moral derivado de la vulneración del derecho a la autodeterminación, al no existir documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica, trastorno del humor, perjuicio estético moderado y una cantidad en concepto de días improductivos, daños que considera indemnizables sobre la base de interpretar que la prestación sanitaria se integra dentro del concepto de medicina satisfactoria, donde los niveles de exigencia son más rigurosos que en la medicina curativa.

Por su parte, se aporta al expediente por la reclamante un informe pericial en el que se indica que los daños físicos concretamente padecidos por aquélla consisten en “*Perjuicio estético moderado. Cicatrices inestéticas, mamas mal posicionadas, no simetría de las mismas ni cuando se realizan movimientos*”, incorporando las correspondientes fotografías.

SEGUNDO.- Por el Consejero de Sanidad, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de diciembre de 2010.

TERCERO.- La reclamación se basa en los siguientes hechos:

1. La reclamante, de 41 años de edad en el momento de los hechos, fue diagnosticada el 11 de diciembre de 2004 de un carcinoma ductal

infiltrante, grado III, en la mama derecha, tras la realización de las correspondientes pruebas (mamografía, resonancia magnética, ecografía, BAG y Ganmagráfia ósea.)

Se le indicó cirugía, consistente en mastectomía + linfadenectomía, que se realizó el día 29 de diciembre de 2004, en el Hospital de Fuenlabrada. Se incorpora al expediente el correspondiente consentimiento informado, si bien que en el mismo no aparecen firmas (folio 185 del expediente administrativo). La intervención cursó sin complicaciones, siendo dada de alta el día 3 de enero de 2005 (folio 171 del expediente administrativo). Con posterioridad a la intervención, la paciente hubo de ser sometida asimismo a tratamiento con quimioterapia.

2. El 8 de septiembre de 2005, acude a urgencias de ginecología del mismo Hospital de Fuenlabrada por notar bultos en zona de cicatriz desde hace unos meses con dolor a la presión y de forma espontánea. Vista en oncología por el mismo motivo sin encontrar de momento lesiones sospechosas de recidiva local, hallándose en esta ocasión “*Nódulos poco definidos en borde superior de cicatriz de la mama derecha. Pequeño nódulo en tercio lateral interno de la misma, duro y doloroso.*”. Realizado un PAFB de dichos nódulos en consulta de 17 de octubre de 2005 se objetiva un resultado negativo para células tumorales malignas (folio 176 del expediente administrativo).

3. El día 17 de abril de 2007 fue vista en la consulta de Cirugía Plástica del Hospital Ramón y Cajal, al que fue derivada desde el Hospital de Fuenlabrada, siendo diagnosticada de “*Mama con cicatriz de mastectomía. Ptosis mama izquierda moderada*”, proponiéndose la reconstrucción mamaria y explicándosele, según se indica en el informe del servicio de Cirugía Plástica del Hospital Ramón y Cajal de fecha 19 de noviembre de 2008, la posibilidad de abordar tal reconstrucción mediante dos técnicas alternativas: o bien mediante expansor cutáneo y prótesis de la mama

derecha y mastopexia en la mama izquierda, o bien colgajo TRAM abdominal para reconstrucción de la mama derecha, también con mastopexia (elevación) en la mama izquierda. Según se afirma en dicho informe la paciente se decanta por el segundo método de los indicados (folio 419 del expediente administrativo).

Consta que en esa misma fecha, la reclamante había firmado el consentimiento informado para esta intervención, si bien en el documento que obra al folio 464 del expediente administrativo, no aparece consignada la intervención a que se iba a someter a la reclamante.

La reclamante acude a consulta el día 22 de mayo de 2007, decantándose en esta segunda ocasión por la primera opción quirúrgica ofrecida -expansor cutáneo y prótesis de la mama derecha y mastopexia en la mama izquierda-, tal y como se recoge en anotación correspondiente al día de la fecha de la hoja de evolución de la paciente que obra al folio 466 del expediente administrativo.

4. El 4 de junio de 2007 se le realiza la primera fase de la reconstrucción mamaria, de acuerdo con la técnica elegida, mediante colocación de un expansor de 450 cc. en la mama derecha y mastopexia con cicatriz en L y colgajo glandular en mama izquierda. La paciente fue dada de alta sin complicaciones acudiendo a revisiones en diversas ocasiones, entre el 26 de junio y 19 de octubre de 2007, no anotándose complicaciones o quejas por parte de la paciente (folios 466 y 467 del expediente administrativo).

La segunda fase de la reconstrucción tuvo lugar el día 19 de octubre de 2007, retirándose el expansor y colocándose una prótesis anatómica de 410 gr. en la mama derecha, siendo dada de alta al día siguiente sin complicaciones.

En las anotaciones correspondientes a la consulta del día 30 de octubre de 2007, consta que la paciente quiere hablar con el facultativo que la

intervino, que de acuerdo con el informe de 19 de noviembre de 2008 y la hoja de evolución, le recomendó realizar una nueva reconstrucción de complejo areola pezón derechos y pequeña reducción mastopexia de la mama izquierda. Esta última intervención no fue aceptada por la reclamante que solo firmó el consentimiento informado para la reconstrucción del pezón y areolas derechos (folio 431 del expediente administrativo) bajo anestesia local, lo que tuvo lugar el 22 de mayo de 2008, sin complicaciones.

CUARTO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

QUINTO.- Con respecto al procedimiento seguido, consta que el 8 de octubre de 2009, se ha concedido a la reclamante trámite de audiencia regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y 11 del RPRP (folios 73 a 75 del expediente administrativo), sin que se haya presentado escrito de alegaciones.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado RPRP, se han recabado los informes preceptivos del Servicio médico afectado, así como los que se han estimado necesarios. En concreto, se incorpora al expediente el informe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Ramón y Cajal de fecha 19 de noviembre de 2008, que concluye manifestando que *“En todo momento la actuación con la paciente ha sido el adecuado, (sic) dándole siempre todo tipo de explicaciones del proceso quirúrgico a llevar a cabo y siendo ella la que ha decidido, según figura en los protocolos de consentimiento informado. El procedimiento que se le ha efectuado es el más sencillo y con el menor número de complicaciones. En la mayoría de*

las reconstrucciones de este tipo hay que efectuar algún tipo de actuación mama sana (mastopexia, reducción, etc.), para igualarla con la reconstruida en volumen y posición”.

Asimismo y a solicitud de la instrucción, con fecha 21 de enero de 2009, se emite un informe por el Jefe de Servicio de Cirugía Plástica en relación con la existencia de consentimiento informado para la reconstrucción efectuada el 4 de junio de 2007, en el que se indica que “Según se desprende de la consulta llevada a cabo el día 17 de abril de 2007, en la exploración el Dr. S. señala: "Ptosis M. Izq moderada" y después señala los dos posibles tratamientos como opciones a realizar figurando "Mastopexia I." y después escribe: «Prefiere el TRAM”, de donde se puede sacar la conclusión de que le explicó a la paciente las dos operaciones quirúrgicas y ella eligió una de ellas : "TRAM + Mastopexía I” Es pues lógico que si la paciente eligió ese tratamiento le había explicado lo que era mastopexia izquierda, dando ella su consentimiento para realizar dicha mastopexia izquierda, que como ya apunté en el anterior informe es una práctica habitual y necesaria en la reconstrucción de mamas al realizar pexia o reducción en la mama sana para igualarla a la mama reconstruida.”

Se emite asimismo informe por la inspección médica que fue remitido el 29 de enero de 2009, que se incorpora a los folios 532 a 546 del expediente administrativo, del que podemos destacar las siguientes afirmaciones en relación con el carácter satisfactivo de la intervención de reconstrucción realizada y cuyo resultado constituiría básicamente el daño alegado por la reclamante: “*la ESTETICA y LA REPARACIÓN SON DISTINTAS, Y LA REPARACIÓN SI ES CURATIVA, de no ser así no sería financiada por el Servicio Público de Salud.*”

La Cirugía Estética tiene por objeto la introducción de modificaciones en la anatomía corporal que responden a un PARECER SUBJETIVO del concepto de belleza y que una persona en ejercicio de su libertad decide modificar. La Cirugía Reparadora por el contrario no pretende dar satisfacción a gustos subjetivos u obedientes a los cánones pasajeros impuestos por fenómenos sociales, tales como el mundo de la moda o el cine, sino corregir en la medida de lo posible las secuelas graves dejadas por accidente o enfermedad en la anatomía de un paciente siempre que éstas le afecten a la funcionalidad de un miembro o le produzcan daño o disconfort psíquico, siendo precisamente la ASIMETRÍA corporal fuente importante de malestar tanto para el propio paciente como para el que lo observa.”(sic)

Por otro lado en relación con la existencia de un consentimiento informado adecuado, lo cierto es que el escrito de reclamación resulta oscuro respecto de a qué documentos se imputan defectos en cuanto al contenido de la información suministrada. No obstante el informe del inspector médico aclara que en la historia clínica se recogen los siguientes documentos de consentimiento informado relativos a la cirugía reparadora que le fue practicada a la reclamante, “*el de colocación del expansor, de 17 de abril de 2007 (folios 76,456); el de cambio del expansor a prótesis, de 28 de agosto de 2007(folios 61, 434); y el reconstrucción pezón, no figura fecha (pag 425)”*.

Por lo tanto estos son los únicos documentos que pueden tenerse por ciertos a efectos del examen de la corrección de su contenido en las consideraciones jurídicas del presente dictamen.

Asimismo indica que el tratamiento dispensado a la paciente fue en todo momento adecuado a la *lex artis*.

SEXTO.- Finalmente, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria se dictó propuesta de resolución en fecha 29 de septiembre de 2010 (folios 565 a 580), desestimatoria de la reclamación indemnizatoria formulada, por considerar que *“las secuelas no tienen su causa (nexo causal) en una actuación incorrecta de los servicios sanitarios públicos, que actuaron correctamente, por lo que el daño no reviste el carácter de antijurídico”*. Dicha propuesta fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con fecha 27 de octubre de 2010.

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*. En el caso que nos ocupa, la reclamación asciende a 89.936,99.-€, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley LRJ-PAC.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC).

La reclamación se presentó el 1 de octubre de 2008, habiéndose practicado la intervención quirúrgica de reconstrucción tras la que se puede apreciar la apariencia estética de las mamas reconstruidas el 19 de octubre de 2007, por lo tanto la reclamación se presentó en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el RPRP. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición Adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la Disposición Adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 (RPRP), si bien, cabe señalar que se ha superado el plazo de 6 meses, que para tramitar el expediente se establece en el artículo 13.3 de dicho reglamento.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución

Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha

responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en

aseguradoras universales 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, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente"*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no pueden garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria no es otro que la infracción del principio de la *lex artis*, que sustentado por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando *“no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario”* (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que *“la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento”* (STs de 14 de octubre de 2002).

A mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

QUINTA.- Una vez sentado lo anterior, procede ahora realizar una valoración global de la prueba unida al expediente, a efectos de dilucidar si en el caso de la reclamante ahora examinado, se dan los presupuestos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en la Administración sanitaria actuante.

En primer lugar, debe hacerse una referencia a los daños alegados por la reclamante, puesto que la reclamación presentada es confusa, tanto en relación con tales daños, como con las distintas actuaciones que los habrían producido. Deben por tanto deslindarse lo que verdaderamente son considerados daños por la reclamante y las actuaciones que habrían dado lugar a los mismos, de aquéllas otras actuaciones cuya corrección se pone en tela de juicio, pero sin que a las mismas se anude un efecto dañoso.

Efectivamente, en la reclamación presentada se ponen de manifiesto una serie de supuestos defectos de información en el tratamiento dispensado a la paciente, como la falta de consentimiento informado para la administración de quimioterapia o para la mastectomía que le fue practicada en el Hospital de Fuenlabrada, a los que, sin embargo, no se atribuye un efecto dañoso concreto. Por lo tanto, dado que tales defectos no presentan relación de causa efecto con el daño invocado, no es preciso su análisis por este Consejo Consultivo.

Por su parte en el escrito de reclamación se especifican los siguientes daños en el apartado correspondiente a su valoración: *“Daño moral derivado de la vulneración del derecho a la autodeterminación, al no existir documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica: 12000.-€, Trastorno del humor: 5 puntos por 656,37.-€= 3.281,85.-€ + 10%= 3.610,35.-€. Perjuicio estético moderado: 12 puntos 842.89.-€= 10114,68.-€ + = 11126.48.-€; 4. Días impeditivos: 1.095 por 52.47€= 57.454.65 + 10%= 63.200.16.-€, TOTAL: 89.936.99.-€”* (sic).

Por otra parte, la reclamante en su escrito, denominado relato según los hechos, después de quejarse de falta de información, considera básicamente como daño padecido la disminución de tamaño de su mama izquierda, de la que afirma *“si no se pueda arreglar vale, pero que no te den ilusiones*

falsas que mi pecho izquierdo no me preocupaba nada ni me dolía, con arreglarme el derecho tenía bastante ...)”.

Vamos pues a examinar dichos daños.

El daño consistente en el trastorno del comportamiento no queda acreditado en el expediente administrativo, por lo que no puede ser objeto de consideración en este dictamen, de acuerdo entre otras con lo señalado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998.

Respecto de los días de hospitalización e impeditivos, los mismos en modo alguno deben ser tenidos en cuenta, puesto que corresponden a los días en que se produjo la curación e intervención quirúrgica de la que se derivaría el daño y que, en todo caso, se hubieran producido aun cuando dicho daño no hubiera mediado.

Respecto del daño estético alegado, que como decimos es el único que en realidad invoca la reclamante en su relato y que concreta en la disminución de tamaño de la mama izquierda y la presencia de cicatrices en la misma, se trata de acreditar con unas fotografías aportadas junto con el dictamen pericial en el que se aprecia una ligera diferencia de tamaño, entre ambas mamas, que por otro lado pueden considerarse incluidas dentro de parámetros de normalidad en cuanto a forma y tamaño, así como una cicatriz, en la zona inferior, tapada con el propio pecho.

A este respecto, el informe de la Inspección Médica, de forma acertada, manifiesta la falta de fundamento de la reclamación: *“Las fotocopias de las fotografías del folio nº 269 aportadas por la reclamante y correspondientes al resultado quirúrgico a mi juicio subjetivo evidencian la falta de fundamento objetivo de los hechos reclamados, el resultado quirúrgico permite a la paciente realizar una vida compatible con cualquier actividad lúdica o social.”*

Así pues, de las fotografías aportadas y de los informes médicos, resulta acreditado que el aspecto estético de los senos de la reclamante es adecuado, dentro de los parámetros de la normalidad, siendo imprescindible para verificar si se ha causado un daño indemnizable, sobre la base de la falta de satisfacción que el resultado alcanzado produce en la reclamante, analizar previamente la naturaleza de la asistencia sanitaria que le fue dispensada en relación con la reconstrucción mamaria postmastectomía practicada, pues la reclamación se fundamenta en el carácter satisfactivo de ésta, y por tanto con parámetros de exigibilidad más rigurosos.

Debe partirse en relación con esta cuestión, de la dicotomía existente entre medicina satisfactiva y curativa, cuyo deslinde determina importantes diferencias de alcance jurídico tal y como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre 2000, RJ 2000\7799, que introdujo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, esta diferenciación que era propia de la jurisprudencia civil: *“Es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.*

... El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal

suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.”

En este caso, a la reclamante se le practica una intervención (mastopexia) en la mama izquierda (mama sana) con la finalidad de corregir una imperfección física derivada de la asimetría con respecto a la mama reconstruida, en volumen y posición, tal y como revela el informe de 19 de noviembre de 2008, del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Ramón y Cajal. El informe del Servicio de Inspección no duda en calificar de reparadora la cirugía llevada a cabo sobre la reclamante. La cirugía reparadora constituye, junto con la estética, una rama de la Cirugía Plástica y que a diferencia de esta, se considera también de medios en tanto tiende a la corrección de defectos congénitos o adquiridos, tiene por lo común un fin terapéutico conectado con frecuencia a una preocupación estética, aunque ésta queda absorbida por aquel y se inserta dentro del proceso de curación de una dolencia maligna padecida, en la que una vez superado el proceso patológico, se trata de paliar en la medida de lo posible las secuelas adversas derivadas de la misma.

La consecuencia jurídica inmediata derivada de calificar como reparadora la actuación médica objeto de reclamación, realizada por el Servicio de Inspección Médica y que este Consejo respalda, es que no resulta exigible un concreto resultado adecuado a las expectativas de la

reclamante ni un contenido especialmente pormenorizado en el consentimiento informado.

Partiendo de dichas premisas, y acreditado que de la intervención de reconstrucción practicada a la reclamante resultaron unos senos reconstruidos dentro de parámetros de normalidad, simetría y buen aspecto estético, ninguna consecuencia jurídica cabe atribuir a la falta de satisfacción que desde el punto de vista estético manifiesta la reclamante, debiendo concluir la ausencia de daño al haberse alcanzado, con la actuación sanitaria pública prestada, el objetivo de la reparación hasta parámetros de normalidad, paliándose las secuelas derivadas de la grave patología de carcinoma ductal infiltrante de grado III sufrida por la reclamante.

SEXTA.- Se aborda en la presente consideración las alegaciones referentes a las deficiencias del consentimiento informado, que constituyen a juicio de la reclamante, una manifestación de una actuación sanitaria no adecuada a la *lex artis* y por tanto resarcible.

El examen del documento de consentimiento informado previo a la intervención que le fue practicada a la reclamante el 4 de junio de 2007, aparece firmado el 17 de abril de 2007, y efectivamente en el mismo se aprecia que no se ha consignado el tipo de intervención que iba a practicarse a la paciente, ni la técnica elegida, ni sus posibles efectos, lo que constituyen defectos importantes en orden a la información de la paciente y la subsiguiente toma de decisiones.

No obstante lo anterior, debe señalarse que a las deficiencias apuntadas no cabe anudarles responsabilidad alguna a cargo de la Administración sanitaria cuando, como en el presente caso, la asistencia sanitaria dispensada no es generadora de daño alguno.

En este punto, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber superado pronunciamientos iniciales que anudaban a la falta de consentimiento informado la procedencia de la satisfacción de una indemnización por parte de la Administración Sanitaria, aun cuando no se hubiera materializado el riesgo inherente a dicha asistencia, considerando dicha omisión como un daño moral autónomo, fundado en el derecho a la autodeterminación vinculado a la dignidad de la persona (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, (recurso de casación 8065/1995).

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010, RJ 1561, establece en su fundamento de derecho tercero, *“Partiendo de ello, debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3340), 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884), 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479), o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)).”*

Entre ellas, resulta clarificadora la Sentencia de 26 de febrero de 2004, RJ 3889, *“Así las cosas, aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo*

precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3956) que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos. La perforación esofágica hemos dicho que resulta de la prueba pericial que se ha producido con anterioridad a la intervención de la Administración Sanitaria, por tanto ni esta lesión, ni sus consecuencias posteriores cualesquiera que estas sean, son imputables al actuar administrativo, por lo que en consecuencia no existe la relación de causalidad imprescindible para que puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

A mayor abundamiento, cabe afirmar que en el presente caso no se ha producido la falta de información previa a la prestación del consentimiento para las intervenciones quirúrgicas, como afirma la reclamante, dado que, aunque la documentación incorporada al expediente revela importantes carencias del documento de consentimiento informado firmado el 17 de abril de 2007, para la mastopexia de la mama izquierda, la historia clínica, también incorporada al expediente, pone de manifiesto que la reclamante recibió información puntual de las intervenciones a las que fue sometida.

La STS de 29 de septiembre de 2005, recoge la doctrina jurisprudencial acerca de la forma de prestar el consentimiento informado: “*La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación*

hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...”.

En el mismo sentido se pronuncia la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 1 de febrero de 2008, señala que *“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). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.*

A pesar de las deficiencias que concurren en el documento de consentimiento informado para la reconstrucción mamaria, la reclamante,

fue informada de la existencia de dos opciones quirúrgicas, corroborándose esta circunstancia en la anotación correspondiente al día 22 de mayo de 2007, de la hoja de evolución de la paciente que obra al folio 466 del expediente administrativo, en la que, tras haber decidido, según se indica en el informe del servicio causante del daño, optar por la segunda técnica ofrecida, acude a consulta el día 22 de mayo de 2007, decantándose en esta segunda ocasión por la primera opción quirúrgica ofrecida -expansor cutáneo y prótesis de la mama derecha y mastopexia en la mama izquierda-.

A mayor abundamiento, la reclamante manifiesta en su escrito que el doctor dijo: *“Vamos a reconstruir la mama con un músculo de vientre y grasa, que en mi caso era lo mejor. Que era un poco más complicada que tenía que pasar unos días en la UCI pero que iba a quedar perfecto, que me pondría un par de tallas más.”*. Posteriormente la paciente optó por el otro sistema, opción de la que ofrece la versión de que fue el propio doctor el que le indicó que *“ya no era el mejor sistema, que era muy arriesgado, y que se quedaría el vientre descolgado al quitarle el músculo”*.

De estas afirmaciones se desprende con claridad meridiana que la paciente estaba informada de la técnica quirúrgica que se le planteaba, de sus ventajas e inconvenientes, así como de sus efectos, por lo que con independencia de las deficiencias observadas en el documento de consentimiento informado, y en tanto no es necesaria la existencia de constancia por escrito de la información recibida, se puede acreditar que la reclamante tenía conocimientos suficientes, para poder optar, como de hecho hizo, por la opción terapéutica que le pareció conveniente.

Por todo lo expuesto, no procede, tampoco reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de las mencionadas deficiencias observadas en el documento por el que se prestó el consentimiento para la intervención de mastopexia de mama izquierda.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el que cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, por falta de daño derivado de la asistencia sanitaria prestada.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 9 de diciembre de 2010