

Dictamen n.º: **37/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 6 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por S.F.M. (en adelante “*la reclamante*”), sobre los daños y perjuicios ocasionados a su hija menor, S.M.F. (en adelante “*la paciente*”), atribuidos a la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital Universitario La Paz de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito registrado de entrada el 24 de mayo de 2012, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por abogado colegiado, actuando en representación de la reclamante, según se acredita con escritura pública de poder general para pleitos con facultades especiales, en relación con los daños y perjuicios ocasionados a su hija menor, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital Universitario La Paz de Madrid. Actúa en nombre propio y en el de su hija, solicitando indemnización para ambas.

En su escrito, la reclamante manifiesta que la paciente fue intervenida el 8 de enero de 2009, en el Hospital Universitario La Paz de Madrid, con motivo de un angioma en oreja derecha.

En el mismo centro, fue intervenida el 25 de mayo de 2009 por orejas procidentes mediante otoplastia. La intervención fracasó debido a una “*dehiscencia de sutura interna*”, que motivó una nueva intervención mediante otoplastia bilateral, el 18 de marzo de 2010.

Esta última intervención fracasó igualmente, presentando la paciente una infección grave que precisó tratamiento antibiótico y curas cada dos días, motivando una tercera intervención, que esta vez se llevó a cabo en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús de Madrid, el 21 de junio de 2011.

Considera la reclamante que la necesidad de tres intervenciones quirúrgicas es significativo de una mala praxis médica, máxime cuando la paciente presentó en la segunda operación una infección tan grave que precisó tratamiento antibiótico y curas cada dos días durante más de un año, con el consiguiente perjuicio físico y moral. Entiende que la asistencia sanitaria ha de estar presidida por el principio de eficacia que a la Administración impone el artículo 103 de la Constitución, eficacia que no ha existido en la asistencia sanitaria prestada. Reprocha asimismo la insuficiente información recibida respecto a las posibles complicaciones y recidivas.

Considera aplicable la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, citando al efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Europea de los Derechos Humanos aprobada en Niza el año 2000.

Solicita por ello una indemnización económica por importe que no determina.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La paciente, nacida el 26 de diciembre de 2001, con antecedentes familiares de una hermana con miastenia gravis (folio 48), fue intervenida en el Hospital Universitario La Paz el 8 de enero de 2009 por presentar una malformación vascular en el pabellón auricular de la oreja derecha calificado como un hemangioma.

Según consta en el informe de interconsulta de Dermatología Pediátrica (folio 43), la paciente presentaba una “*afectación psicológica importante*” por lo que se solicitaba la valoración de la intervención quirúrgica.

El día 25 de mayo de 2009 se llevó a cabo una intervención de otoplastia bilateral por orejas en asa de cubo con concha proyectada y ausencia de antihelix con anestesia general y técnica de Converse, realizando una plicatura de antihelix y fijación de concha a mastoides, indicando alta con antibiótico y vendaje compresivo (folio 61). Sin embargo, presentó recidiva dos meses más tarde (folio 42), por lo que tuvo que ser reintervenida el 18 de marzo de 2010 mediante una nueva otoplastia bilateral, siendo dada de alta el 24 de marzo con tratamiento antibiótico. En este caso, el postoperatorio fue dificultoso presentando un mes más tarde infección en oreja izquierda, requiriendo nueva antibioterapia y curas diarias (folio 141).

El 1 de septiembre de 2010 presenta extrusión de puntos de sutura con probable infección (folio 35).

Consta en la historia que en la revisión del 6 de octubre de 2010, la madre y la abuela, muy contrariadas, manifiestan que un médico privado les solicita 12.000 € por intervenir a la paciente. Se les indica que sería recomendable esperar unos dos años para nueva intervención toda vez que las dos últimas son muy recientes y se les cita para revisión en seis meses (folio 33).

Fue necesaria una tercera intervención el 21 de junio de 2011, esta vez realizada por el servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario Niño Jesús, practicando otoplastia secundaria bilateral con técnica de Chong-Chet, siendo dada de alta el 24 de junio (folio 105) con buena evolución inmediata según revisiones de 1 y 18 de julio; aunque presentando un nuevo absceso retroauricular izquierdo el 24 de julio (folio 135) por el que se le pautó tratamiento antibiótico, evolucionando bien posteriormente, según revisiones de 28 de julio de 2011 y 4 de octubre de 2011.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en 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 (en adelante, RPRP).

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe del servicio de Cirugía Máxilofacial del Hospital Universitario La Paz (págs. 110 a 112), en el cual, de fecha 28 de junio de 2012, manifiesta:

- “1.- Que se intervino a (la paciente) en las fechas que se consignan adecuadamente en el escrito de los procesos consignados.*
- 2.- Que se realizó la intervención de hemangioma de la otoplastia bilateral inicial para minimizar la tensión de los tejidos.*
- 3.- Que la Otoplastia realizada a la paciente bajo anestesia general con fecha 25/5/2009 según técnica de Mustardé-Furnas utilizando para la plicatura de los cartílagos con sutura cilíndrica de*

monofilamento de 4/0, siendo según estudios publicados en la literatura aquellos que se relacionan con una menor tasa de recidiva.

(...)

En todo momento se extremaron las precauciones intra y postoperatorias, con profilaxis antibiótica, advirtiendo en todo momento a los padres la necesidad de cuidados postoperatorios y de la utilización de un vendaje inicial y el uso posterior de bandas elásticas diaria y posteriormente nocturna para evitar las recidivas.

4.- Que se procedió a revisión de la paciente en el día 4 y 8 de postoperatorio para retirada de vendaje y puntos externos de sutura sin observar ninguna alteración del curso del postoperatorio normal.

5.- Que 4 meses después acude a revisión a nuestra consulta siendo valorada, presentando una recidiva de la deformidad inicial. El lapso de tiempo transcurrido entre la cirugía y la recidiva nos hace hablar de una complicación tardía. No obstante ésta no es imputable a la cirugía ya que múltiples factores pueden intervenir en el postoperatorio, como es la presencia de traumatismos, el no cumplimiento estricto de las recomendaciones postoperatorias de uso de bandas elásticas, sobre todo en los meses de verano, o procesos intercurrentes que escapan al control del cirujano en estos meses. En ningún caso se puede extrapolar que la recidiva sea debida a una mala técnica como se expresa en el escrito. Como se cita en la literatura científica:

Even if the surgical technique is correctly performed, a recurrence with renew protrusion of the ears may occur. (Cita en inglés en el original)

(...)

Por lo tanto podemos hablar de una etiología multifuncional en las recidivas y no se puede establecer relación directa causal entre una recidiva y una mala técnica quirúrgica. También se desprende de lo anteriormente descrito que se extremaron las precauciones con el fin de evitar la recidiva en cuanto a uso de suturas adecuadas, profilaxis antibiótica, recomendaciones postoperatorias y seguimiento estricto.

6.- Que tras la recidiva establecida se decide reoperar tras dejar un lapso de tiempo para la adecuada cicatrización de los tejidos.

7.- Que el procedimiento de otoplastia secundaria se realizó con fecha 18 de marzo de 2010, que se realiza la misma técnica quirúrgica que la anterior (Mustarde-Furnas) con profilaxis antibiótica y tratamiento posterior antibiótico de dos días de evolución. El resultado de la misma es satisfactorio.

8.- Que la revisión se realiza en el día 6 postoperatorio para retirada de vendaje. No es necesario retirar los puntos de sutura de piel ya que se utilizó una sutura intradérmica continua de monocryl 6/0. La revisión es satisfactoria no objetivándose signos de hematoma, colección o infección local. La siguiente consulta a la que acude la paciente es el 28 de abril del mismo año (35 días después de la última revisión). La madre refiere que se ha producido una infección que ha sido tratada en atención primaria con antibioterapia oral.

9.- Que el retardo en la segunda cita de revisión de la segunda cirugía no permite evaluar ni el momento de inicio de la infección ni la posibilidad de realizar medidas más invasivas para el control de la misma, como pueden ser el drenaje de colecciones purulentas o el uso de antibioterapia intravenosa que pudieran haber mitigado o incluso obviado la aparición de las ulteriores complicaciones que se describen.

10.- *Que el no seguimiento por parte del equipo quirúrgico y del Servicio de Cirugía Máxilofacial, sino por el médico de atención primaria puede menoscabar el correcto desarrollo del postoperatorio así como del tratamiento correcto de las posibles complicaciones.*

11.- *Que tras un mes de evolución sin infección se detecta la extrusión de los puntos de sutura internos. Esta complicación entra dentro de lo posible, máxime tras el proceso infeccioso no supervisado. Se trata de modo conservador, sin complicaciones sobreañadidas. La siguiente revisión se produce el 1 de septiembre de 2010 donde se observa de nuevo recidiva de la procedencia auricular y la extrusión antes descrita, viendo una zona algo inflamada alrededor de uno de los puntos. Se comenta a la madre de la paciente la necesidad de quitar dichos puntos. Dadas las características de la paciente se decide que sea realizado en la unidad del dolor bajo sedación profunda, para evitar posibles sufrimientos a la paciente a lo que la madre se niega.*

12.- *Que la siguiente revisión se realiza el 6 de Octubre de 2010 donde se indica la necesidad de una nueva intervención pero que hay que esperar para el reposo de los tejidos y el futuro éxito.*

13.- *Que durante el proceso es conocido por el abajo firmante que la madre acudió al menos a una consulta privada para valoración y que le realizaron al menos el procedimiento de retirada de los puntos sin que el equipo que ha llevado el procedimiento de la paciente pueda valorar las consecuencias que dicho procedimiento tuvieron sobre el desarrollo del proceso.*

14.- *Que la nueva intervención se realiza en otro centro hospitalario de lo cual el abajo firmante tiene conocimiento al recibir el escrito y el correlato de hechos.*

15.- *Que por lo anteriormente expuesto en los puntos precedentes no puede establecerse que la necesidad de tres intervenciones quirúrgicas sea consecuencia de una mala praxis médica. Que a pesar de una correcta intervención y del extremado cuidado pre y postoperatorio se pueden producir recidivas, como expone la literatura anteriormente citada. Que no se pueden prever la necesidad de dos operaciones futuras tras la primera intervención, ya que los procesos antes descritos además de infrecuentes son incontrolados como se ha expresado a lo largo del escrito.*

16.- *Que la infección grave producida tras la segunda intervención no pudo ser evaluada y tratada correctamente debido al retraso en la atención por las personas adecuadas para el tratamiento del mismo.*

17.- *Que las curas cada dos días solo se debieron producir en los momentos de infección presente o sospechada en la herida quirúrgica y/o en los puntos extruidos, ya que durante los periodos asintomáticos no precisan de cura, solo necesitando de la higiene habitual de la zona para evitar la sobreinfección, con lo que el periodo de curas expresado en el escrito se antoja sobreestimado.*

18.- *Que se informó en todo momento a la madre de la paciente de las posibles complicaciones y su tratamiento ulterior abundado especialmente en el mantenimiento de la estructura del cartílago y la infección así como el hematoma hemorragia postoperatorio. Se informó además de los términos del procedimiento y la necesidad de controles posteriores. Además se informó de las medidas a tomar para la prevención de las mismas (uso de vendaje, uso de banda elástica y tratamiento antibiótico preoperatorio y posterior) así como de las medidas a tomar en la aparición de cada una de ellas”.*

Se ha requerido, igualmente, informe del servicio de Cirugía General Pediátrica (pág. 128), del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, en el que se manifiesta:

“(la paciente) acudió al Servicio de Cirugía Plástica de este hospital por presentar helix valgus bilateral, operada en dos ocasiones en otro centro hospitalario. Se programa para intervenir el 21 de junio de 2011.

Se realiza Otoplastia secundaria bilateral, siendo dada de alta al día siguiente de la intervención, recomendando volver a consulta el día 24 de junio para revisión.

En esta segunda consulta se encuentra con buen estado general, no dolor, por lo que se retira el vendaje no encontrando hematomas ni signos de inflamación. Se revisa nuevamente los días 1 y 18 de julio estando las heridas en buen estado.

El día 24 de julio acude a Urgencias por un absceso retroauricular izquierdo que se trata con antibiótico y se cita nuevamente a consulta dos días más tarde.

La evolución posterior es favorable revisándose nuevamente en consulta el día 28 de julio.

Posteriormente, el día 4 de octubre de 2011 es vista nuevamente en consulta encontrando un buen resultado de la intervención y recomendando una nueva revisión un año después para proceder al alta definitiva.

Por tanto entendemos que el tratamiento efectuado a la enferma en este centro fue absolutamente correcto”.

Por su parte, la Inspección médica emite informe (págs. 144 a 147), de 29 de agosto de 2012, en el que, tras exponer los hechos del caso, manifiesta las siguientes consideraciones médicas y conclusión:

“(…)En el caso que nos ocupa, la menor tuvo como complicación una recidiva de la deformidad, por dehiscencia de suturas, complicación descrita en la literatura y tal como manifiesta el Jefe de Servicio, fue detectada a los 4 meses de la intervención, lo que implica que durante dicho tiempo pudieron influir factores diversos en la cicatrización de la herida.

Posteriormente, en la segunda intervención, se produjo, al parecer una infección que fue tratada en Atención Primaria, al parecer, con curación pero que a larga produjo extrusión de sutura interna que al no haber sido controlada por el equipo quirúrgico, no se puede valorar la intensidad de dicha infección y si ésta quedó resuelta. Parece ser que durante ese periodo, los padres acudieron a una consulta privada para la retirada de puntos, por lo que no sabe qué procedimientos se utilizaron.

Por último acudieron al Hospital del Niño Jesús donde se realizó una nueva otoplastia bilateral el 21 de junio de 2011, siendo que el 24 de julio (un mes desde la intervención), acudió a Urgencias por absceso retroauricular que fue tratado con antibióticos, revisado a los dos días y el día 28 de ese mismo, y dada de alta el 4 de octubre con buen resultado de la intervención”.

Por todo ello, la Inspección considera que la atención prestada fue correcta.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 19 de septiembre de 2012, la apertura del trámite de audiencia a la reclamante, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 21 de diciembre de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 14 de enero de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 21 de enero siguiente, solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de febrero de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 de la LCC. El dictamen es preceptivo toda vez que la reclamación es de cuantía indeterminada, emitiéndose dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 de la LCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre de su hija menor de edad conforme la representación legal que le atribuye el artículo 162 del Código Civil, al amparo del artículo 139 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser la menor la persona afectada por los daños.

Acredita su parentesco mediante fotocopias del Libro de Familia.

En tanto presenta la reclamación, además, en su propio nombre, ha de advertirse que carece de legitimación en este aspecto, pues los daños alegados, tanto físicos como morales, por infracción del deber de información, son sufridos por la paciente, única a la que alcanza la legitimación para solicitar el resarcimiento de los mismos.

Actúa representada en el procedimiento por un abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid apoderado mediante poder notarial obrante en el expediente.

Se cumple, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte el Hospital Universitario La Paz de los servicios públicos sanitarios.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, la paciente fue objeto de atención sanitaria hasta, al menos, el 22 de junio de 2011, fecha en la que es dada de alta de la última operación, por lo que la reclamación, interpuesta el 24 de mayo de 2012, se encuentra dentro del plazo legal.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en 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).

A estos efectos han emitido informes los servicios de Cirugía Máxilofacial del Hospital La Paz y de Cirugía General Pediátrica del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús en cuanto servicios a los que se imputa la causación del daño conforme establece el artículo 10 RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 RPRP.

Igualmente, se ha solicitado informe a la Inspección Médica.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula la reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en 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 -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente, recoge dicha Sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en 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”.

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004), indicando (FJ 4º), que *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate”.*

Por ello, ha de acreditarse en estos casos, tanto la relación de causalidad con la actuación de la Administración como, en su caso, que esta incumplió la *lex artis*.

La carga de la prueba correspondería al reclamante de la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 217 LEC. Si bien, en ocasiones, en la materia sanitaria la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, considerando la mayor facilidad probatoria de la Administración sanitaria, no es menos cierto que quien reclama debe probar, siquiera de forma indiciaria, la relación de causalidad y la vulneración de la *lex artis*, momento en el que se produciría la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (recurso 3339/2006).

En este caso, la reclamante no aporta ninguna prueba para acreditar la mala *praxis*, apoyando su reproche únicamente en el hecho de que se requiriesen tres intervenciones para corregir el defecto de la paciente y la concurrencia de infecciones que exigieron antibioterapia. Dicha argumentación es absolutamente improcedente pues, si bien en casos de daños desproporcionados existe una presunción de prestación sanitaria contraria a la *lex artis* que corresponde a los servicios médicos destruir mediante la aportación de la pertinente prueba, en el caso de análisis, aun en presencia de resultados lesivos no deseados y vinculados a las intervenciones quirúrgicas realizadas a la paciente, éstos no eran por completo inesperados por lo que no alcanzan el calificativo de desproporcionados, como se revela en el informe médico del servicio de Cirugía Máxilofacial del Hospital Universitario La Paz con fundamento en literatura científica, que determina que la simple referencia a dichos daños no pruebe la prestación sanitaria contraria a la *lex artis* que se mantiene.

Para valorar si la actuación sanitaria fue correcta, a la luz de los informes emitidos por los servicios actuantes, se ha de indagar previamente si la intervención de otoplastia por orejas procidentes practicada a la paciente es una prestación de medicina curativa o satisfactiva, pues como viene señalando este Consejo en dictámenes como el 430/10, de 9 de diciembre y el 95/11, de 23 de marzo, el deslinde entre ambas determina importantes diferencias de alcance jurídico, de tal forma que la jurisprudencia, tanto civil como contenciosa considera que mientras que la medicina curativa es una medicina de medios que persigue la curación, la satisfactiva es una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. Ello implica que en la primera, el médico se entiende que actúa conforme a la *lex artis* si emplea todos los medios a su alcance aun cuando no se alcance la curación del paciente, mientras que en la segunda, se acentúa la obligación del

facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

En concreto, en el Dictamen 95/11 entendíamos que:

“La cirugía reparadora constituye, junto con la estética, una rama de la Cirugía Plástica y que a diferencia de ésta, 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 padecida, en la que una vez superado el proceso patológico (obesidad mórbida), se trata de paliar en la medida de lo posible las secuelas adversas derivadas de la misma”.

En este caso, nos encontramos ante un defecto congénito que es necesario corregir en cuanto supone un problema de salud de la paciente y no por mero deseo de mejora del aspecto físico. Esa naturaleza se desprende tanto de la historia clínica, donde se alude a la afección psicológica de la menor, como de lo establecido en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud aprobada por Real Decreto 1030/2006, que expresamente recoge en su artículo 5.4 a). 4 que no se recogerán en la cartera técnicas, tecnologías o procedimientos *“que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares”.*

A su vez, el anexo III de ese Real Decreto, al recoger los servicios que se prestan en la atención sanitaria especializada, establece que *“Se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo”.*

Por todo ello, el origen congénito de la patología y la afección a la salud psicológica de la menor permiten considerar que estamos ante un supuesto de medicina curativa, no existiendo daño antijurídico si se utilizaron todos los medios que exigía la *lex artis* para la eliminación de la malformación de la paciente.

A este respecto, tanto el informe del servicio causante del daño (con cita de literatura médica) como el de la Inspección coinciden en que no existió mala práctica alguna sino que la recurrencia de la malformación es un riesgo típico de este tipo de intervenciones, así como las infecciones que se sufrieron con posterioridad.

A esta explicación de la Administración, el letrado de la reclamante no opone ninguna argumentación en contrario ni en la reclamación ni en el trámite de audiencia, por lo que ha de concluirse que la Administración ha acreditado fehacientemente que actuó conforme la *lex artis*.

QUINTA.- El escrito de reclamación se queja, igualmente, de que no se informó a la reclamante de la posibilidad de complicaciones y de la necesidad de tres intervenciones (folio 3).

El artículo 10.1 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 la información que se ha de prestar al paciente para que este pueda otorgar su consentimiento ha de contener con carácter básico lo siguiente:

- “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.*
- d) *Las contraindicaciones”.*

Es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que:

“(…)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”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2012 (Recurso 7014/2010)-, destacando el Tribunal Constitucional la relación del derecho a la información con la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución (STC 37/2011, de 28 de marzo).

En la historia clínica obra un documento de *“consentimiento informado para la cirugía de los tratamientos faciales”*, sin fechar, que se refiere, no a las intervenciones realizadas a la paciente, sino más bien a intervenciones de cirugía máxilofacial relacionadas con traumatismos máxilofaciales (folios 55-57). Consta en blanco el espacio reservado para especificar el

procedimiento diagnóstico/terapéutico a realizar y, se recogen una serie de riesgos sin relación alguna con los padecidos por la paciente ni con el tipo de intervención practicada (otoplastia).

La deficiente prueba documental que obra en el expediente, contrasta con las afirmaciones reiteradas del Servicio de Cirugía Máxilofacial del Hospital Universitario La Paz sobre la información suministrada a la reclamante. Lo cierto es que, si acudimos a la historia clínica, tan solo se puede comprobar que se aconsejó esperar hasta que la paciente tuviera siete años para proceder a la intervención (folios 48, 49, 96, 97), que el día 11 de noviembre de 2008 respecto a la primera intervención para extirpar el angioma se indica “*damos LE (¿?) , CP*” y el 17 de marzo de 2009 (folio 42) se anota “*no hay CI de otoplastia*”. En el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús se hace constar en la historia (folio 129), en una anotación sin fecha, “*Se programa 30-11-11. Visto B^o JESC. Pte JESC. Hago CP*”. A pesar de todas estas afirmaciones sobre las entregas de los documentos de consentimiento informado, en el expediente tan solo existe constancia de la entrega del documento que obra en los folios 55-57, antes referido y cuyas carencias nos llevan a concluir, pese a las aseveraciones del servicio actuante, que la Administración no ha acreditado que se informó adecuadamente a la reclamante.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012 (recurso 3925/2011), se destaca una vez más el que la ausencia de información constituye un daño moral que deberá ser indemnizado si de la actuación médica se derivan daños. En el caso que no ocupa, ese daño vendría constituido por la infección de la herida y la falta de éxito de las intervenciones, aspectos sobre los cuales la información suministrada guarda un absoluto silencio.

La citada Sentencia, con cita de otras del mismo Tribunal, recuerda la dificultad de valorar este daño moral para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Este Consejo, teniendo en cuenta que, según los informes del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, la última intervención ha tenido éxito y que los riesgos materializados de los cuales no hay constancia que se informara a la reclamante se pueden considerar como típicos de toda intervención quirúrgica (infección de la herida y falta de éxito de la intervención), con lo que la lesión al derecho de autodeterminación que toda deficiencia de información supone es leve, considera, que ha de aminorar la indemnización que viene reconociendo en casos similares (3.000 euros), reconociendo en el presente caso una indemnización de 1.000 euros, cantidad que se estima suficiente.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede estimar la presente reclamación reconociendo una indemnización de 1.000 euros.

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, 6 de febrero de 2013