

Dictamen nº: **13/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.01.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de enero de 2019, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., en relación con los daños y perjuicios derivados de las intervenciones para reconstrucción mamaria realizadas por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro del Hospital Universitario de Getafe (en adelante, HUG) el día 2 de enero de 2017 la reclamante refiere que seis años antes había sido intervenida quirúrgicamente de un cáncer de mama derecha y que a la vista del “*cicatrizado de la herida*”, los médicos le proponen “*volver a operar para ver si mejoraba estéticamente*” a cuyo efecto se le indicó que la mejor opción era realizar un injerto graso que aceptó siendo intervenida quirúrgicamente el 10 de agosto de 2015 en el HUG, si bien el resultado de la cirugía supuso un empeoramiento estético.

Prosigue relatando que con posterioridad, concretamente el 30 de junio de 2016 se sometió a una nueva operación, que requirió un injerto de su propio cuerpo (espalda) cuyo resultado fue aún peor que el de la anterior intervención al haber quedado el pecho completamente desfigurado. Además, en esta intervención, según la reclamante, se le realizó una mastopexia periareolar que le ha reducido la mama izquierda.

Precisa, que la herida de la última intervención permaneció abierta y sin cicatrizar durante más de tres meses por lo que ha tenido que acudir a curas sin resultado alguno hasta que acudió a su médico de cabecera que le desaconsejó el tratamiento iniciado en el hospital y cambia el tratamiento, con mejoría desde entonces.

Finalmente señala, que fue citada por el hospital para encontrar una solución si bien a la fecha de presentación de la reclamación el equipo médico se encuentra a la espera de que cicatrice la herida por lo que va a solicitar una segunda opinión al Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla de Madrid.

Por lo expuesto, solicita una indemnización de 100.000 euros.

Acompaña a su reclamación diversos informes médicos y fotografías de la mama, anteriores y posteriores a la intervención del día 30 de junio de 2016.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del Dictamen:

La reclamante, nacida en 1950 fue intervenida en marzo de 2010 de carcinoma ductal infiltrante de mama derecha estadio I B mediante cirugía conservadora. Posteriormente se le realizó ganglio centinela y linfadenectomía axilar.

Inició quimioterapia adyuvante el 22 de junio de 2010 durante un año aproximadamente y recibió radioterapia desde el 19 de enero hasta el 9 de marzo de 2011, en el Servicio de Radioterapia del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla.

El 20 de noviembre de 2013 acude a consulta de Cirugía Plástica del HUG por secuelas tras cirugía de mama, donde se aprecia cicatriz de tumorectomía en cuadrantes inferiores de mama derecha que umbilica complejo areola-pezones, zona de cuadrantes superiores muy indurada con radiodermatitis severa, abdomen globuloso con escaso exceso dermograso infraumbilical y mama izquierda de pequeño tamaño con mínima ptosis. Se le explica que no es candidata a reconstrucción con tejido abdominal, por falta de exceso dermograso y se le propone reconstrucción mamaria con colgajo musculocutáneo dorsal ancho extendido.

El 13 de enero de 2015 fue vista para reevaluación en la consulta de Cirugía Plástica del HUG. La paciente rechaza reconstrucción musculo dorsal y se le plantea la posibilidad de reconstrucción mediante injerto graso que la paciente acepta. Se le explica que serían necesarias varias cirugías para obtener un resultado aceptable y firma los documentos de consentimiento informado para intervención de injerto graso autólogo, y para anestesia.

El 10 de agosto de 2015 de forma programada y bajo anestesia general se realiza la intervención quirúrgica para la reconstrucción de la mama derecha con injerto graso. El postoperatorio inmediato cursa sin incidencias y en ausencia de complicaciones locales o sistémicas recibe alta al día siguiente.

El 10 de noviembre de 2015 acude a consulta de Cirugía Plástica del HUG muy descontenta con el resultado, manifiesta que prefiere reconstrucción con dorsal ancho y mastopexia de la mama contralateral para simetrización. Se le explican riesgos y complicaciones, y la paciente

firma los documentos de consentimiento informado para intervención de reconstrucción mamaria con colgajo dorsal ancho y para mastopexia.

El 30 de junio de 2016 de forma programada y bajo anestesia general se realiza reconstrucción mamaria derecha diferida con colgajo miocutaneo pediculado dorsal ancho y mastopexia periareolar de mama izquierda. Con buena evolución recibe alta el 6 de julio de 2016 debiendo acudir a curas y revisiones.

El 3 de julio de 2016 acude a revisión al Servicio de Cirugía Plástica. Se observa placa de necrosis en polo inferior de mama derecha y se realiza cura.

El 2 de agosto de 2016 en consulta externa de Cirugía Plástica se observa dehiscencia de sutura con exposición de grasa de tamaño 4x2 cm y se realiza cura.

El 18 de agosto de 2016 acude a Urgencias por dolor y supuración de la herida quirúrgica, sin fiebre ni sensación distérmica. La última cura en consultas externas se realizó dos días antes. Se avisa a Cirugía Plástica que en la exploración física encuentra dehiscencia de la herida quirúrgica con esfacelo en el fondo, sin eritema perilesional, ni elevación de la temperatura local, sin signos de infección y se realiza cura con flammazine.

El 1 de septiembre de 2016 la paciente acude a consulta del Hospital Central de la Defensa Gomez Ulla para solicitar la opinión del cirujano plástico de dicho hospital.

El 6 de septiembre de 2016 la paciente se encuentra descontenta con el resultado, es valorada en sesión clínica el 16 de septiembre de 2016 por los facultativos del Servicio de Cirugía Plástica y se aconseja esperar a la epitelización completa de la herida y maduración de la cicatriz.

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la interesada del Hospital Universitario de Getafe y del Hospital Central de la Defensa Gomez Ulla, pese a no ser objeto de reproche la asistencia dispensada en este centro sanitario.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado el informe del Servicio de Cirugía Plástica del HUG que en informe de 20 de enero de 2017 tras describir los antecedentes de la reclamante expresa, que en la consulta de Cirugía Plástica del día 20 de noviembre de 2013 a la vista de la exploración física se le indicó completar la mastectomía y realizar reconstrucción mamaria con colgajo musculocutáneo dorsal ancho extendido que fue descartado por la paciente por lo que se le ofertó rellenar la zona con injerto graso, indicándole también la necesidad de realizar varias intervenciones quirúrgicas para conseguir un volumen adecuado dadas las características físicas de la paciente.

El informe destaca que tras el injerto de grasa realizado en agosto de 2015 la paciente quedó descontenta con el resultado pese a que se le había informado de la necesidad de varias cirugías para conseguir un volumen adecuado, y al no querer más intervenciones de injerto graso se optó por reconstrucción con dorsal ancho y simetrización de la mama contralateral mediante una mastopexia periareolar para elevar el complejo areola pezón (CAP) y se le explicaron riesgos y complicaciones. También informa, que el postoperatorio cursó sin incidencias, al alta presentaba en zona de surco mamario derecho pequeña placa necrótica, y se habían realizado curas de la dehiscencia de la herida quirúrgica que

fueron tratadas con cremas antisépticas y antibióticas con evolución lenta y tórpida.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de 1 de marzo de 2017 de la Inspección Sanitaria en el que tras analizar la historia clínica de la paciente, formula las oportunas consideraciones médicas para concluir que *“siendo correcta y ajustada a la lex artis, no obtuvo los objetivos propuestos de reparar la mama derecha de la paciente. El resultado, pese al empeño, fue estéticamente muy deficiente”*.

A instancias del SERMAS, también se ha incorporado un informe médico pericial firmado por un especialista en Cirugía Plástica de fecha 22 de noviembre de 2017 en el que tras el examen de la historia clínica, analiza la técnica utilizada así como la actuación de los profesionales del HUG, da contestación a los reproches de la reclamante, califica como exhaustiva la información facilitada a la paciente en cuanto a riesgos y complicaciones posibles y concluye *“no encontramos procedimientos por parte de los profesionales del Servicio de Cirugía Plástica del HGU que no se hayan ajustado a la lex artis”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, notificado a la interesada el 3 de marzo de 2018. No consta en el expediente la presentación de alegaciones.

Con fecha 12 de noviembre de 2018, el viceconsejero de Sanidad formula propuesta de resolución en la que desestima la reclamación presentada por entender que no existe daño antijurídico que obedezca al funcionamiento de la administración.

CUARTO.- El 27 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 547/18, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 17 de enero de 2019.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (en adelante ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a solicitud de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la LPAC, según establece su artículo 1.1.

La reclamante está legitimada activamente para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria objeto de reproche. Concorre en ella la condición de interesada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4

de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid puesto que la actuación médica fue dispensada en un centro público perteneciente a su red asistencial.

El plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso la última intervención quirúrgica objeto de reproche tuvo lugar el 30 de junio de 2016 por lo que la reclamación formulada el 2 de enero de 2017 se ha presentado en plazo legal, con independencia de la fecha de la curación o de la estabilización de las secuelas.

En otro orden de cosas, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe del Servicio de Cirugía Plástica del HUG contra el que la interesada dirige sus reproches, se ha solicitado el informe a la Inspección Sanitaria y consta en el procedimiento un informe médico pericial emitido a instancia del SERMAS. Tras la incorporación de los citados informes y de la historia clínica, se dio audiencia a la interesada y por último se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por los artículos

139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se hace en la LPAC y en la LRJSP).

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 de la LRJ-PAC (hoy extrapolable a lo exigido por el artículo 32 de la LRJSP):

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) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“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 la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de

casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Y a mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha "lex artis" respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”*.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa deviene necesario en primer lugar dilucidar los reproches que formula la reclamante, puesto que al no referirse expresamente a ellos en la reclamación presentada, habrá que extraerlos de los antecedentes de hecho que describe, cuando manifiesta: que se le indicó como opción más adecuada para la reconstrucción la realización de un injerto graso que resultó un fracaso y empeoró estéticamente; que el 30 de junio de 2016 fue “*sometida*” a una nueva intervención cuyo resultado fue peor que el anterior y la mama izquierda quedó reducida; y, finalmente, que la herida tras la última intervención permaneció abierta y sin cicatrizar durante más de tres meses por lo que tuvo que acudir a curas.

En cuanto a los daños alegados, del relato de los hechos puede deducirse que la reclamante invoca un daño estético, que concreta, en deformación de la mama derecha y además, la mama izquierda ha resultado reducida. Aporta al respecto, diversas fotografías de ambas mamas.

Tal como indicara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en sus Dictámenes 95/11, de 23 de marzo y 37/13, de 6 de febrero, entre otros, la cirugía reparadora a diferencia de la cirugía plástica, se considera también de medios en cuanto tiene 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 (cáncer de mama), se trata de paliar en la medida de lo posible las consecuencias adversas derivadas del mismo.

En este caso, sobre la base de la falta de satisfacción que el resultado alcanzado produce en la reclamante, procede analizar la asistencia sanitaria que le fue dispensada por los profesionales del Servicio de Cirugía Plástica del HUG, toda vez que la reclamante no formula reproche alguno respecto a la información recibida, riesgos o

duda alguna sobre los consentimientos informados previos a las cirugías a que fue sometida.

Respecto a las técnicas quirúrgicas llevadas a cabo, la historia clínica y los informes obrantes en el expediente ponen de manifiesto que tras la tumorectomía en la mama derecha y linfadenectomía axilar realizadas en marzo de 2010 y posterior tratamiento quimioterápico y radioterápico coadyuvante se propuso a la interesada la realización de un colgajo que aportara tejidos perdidos en la mama por la tumorectomía y fue ante la negativa de la paciente cuando se le propuso la realización de un injerto de grasa autóloga, se le explicó la dificultad de no obtener la cantidad de grasa necesaria para rellenar, lo que conllevaría la realización de varias intervenciones, aceptando y firmando el correspondiente documento de consentimiento informado. No habiendo obtenido la paciente el resultado deseado, se le propuso la realización de la técnica de colgajo de reconstrucción con el músculo dorsal ancho de la espalda, se le explicaron los riesgos así como la necesidad de realizar la mastopexia de la mama contralateral para buscar simetrizar la región mamaria, cirugías que fueron aceptadas por la reclamante, que firmó los correspondientes documentos de consentimiento informado en los que entre otros riesgos, figuraba la “necrosis grasa”, “dehiscencia”, “anomalías en la cicatrización”, “asimetrías e irregularidades en la forma y/o en el volumen de la mama y en la posición del complejo areola-pezones”, inclusive, “resultado insatisfactorio”.

Al respecto el informe de la Inspección Sanitaria expresa *“es cierto que alcanzar un buen resultado estético en la reparación quirúrgica de una mama radiada, con zonas pétreas e indurada como esta no es sencillo. No es apropiado en este caso reproche alguno a la pericia del equipo de cirujanos y cirujanas ni al grado de observancia de la lex artis”*.

Respecto a la deformidad de la mama derecha el informe pericial obrante en el expediente pone de manifiesto que *“si bien es cierto que no se puede hablar de un muy buen resultado, si es verdad que se ha proyectado el C.A.P. posibilitando la visualización del pezón y la obtención de una mayor distancia entre el C.A.P y el surco inframamario dando una apariencia más anatómica”*, siendo según la Inspección Sanitaria la restauración anatómica de la mama, el objetivo terapéutico de las técnicas quirúrgicas elegidas por el Servicio de Cirugía Plástica.

En cuanto a la invocada reducción de la mama izquierda, el ya citado informe pericial no solamente niega su apreciación a la vista de las fotografías aportadas por la interesada *“sino por el estudio anatomopatológico 16B0010299, que certifica la extirpación de una tira de piel de 9,5 c, de longitud por 0,1 cm a 0,7 cm de anchura. Es decir, se ha realizado y conseguido la simetrización de las mamas y además ha sido explicada a la paciente”*. En idénticos términos se expresa el informe del Servicio de Cirugía Plástica: *“En mama izquierda se realiza mastopexia periareolar como consta en el parte quirúrgico y en el informe de alta, con resección exclusivamente cutánea sin remodelado de la mama y sin reducción de ningún tipo de la misma, como también consta en la pieza de piel que se remite para su estudio histológico a anatomía patológica”*.

Por tanto, en el presente caso, efectuando una valoración conjunta de la prueba obrante en el expediente y, en particular atendiendo a los informes médicos obrantes en el mismo, que no han sido desvirtuados por prueba alguna en contrario, no se observa vulneración de la *lex artis*.

La reclamante estaba informada de los riesgos de las cirugías a las que voluntariamente fue sometida y que finalmente se materializaron, señalándose en los documentos de consentimiento informado que figuran en el expediente diversas complicaciones inherentes a las operaciones que le fueron practicadas.

En mérito a cuanto antecede esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación al no haberse acreditado *mala praxis* en la prestación de la asistencia sanitaria.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 17 de enero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 13/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid