

Dictamen nº: **319/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.07.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 14 de julio de 2016, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D. A.B.E. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con la realización de una mastectomía y la información al paciente sobre los riesgos de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de octubre de 2014 se presentó en el registro de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por dos abogados colegiados del ICAM en nombre del paciente identificado en el encabezamiento del dictamen, en la que daban cuenta del diagnóstico de una ginecomastia en mayo de 2014, tras haber practicado al paciente una mamografía y una ecografía bilateral de mama ante la aparición de unos bultos en ambos senos con acompañamiento de fuertes dolores.

Relata la reclamación que, en orden a su tratamiento, se indicó la realización de una mastectomía subcutánea bilateral, realizada el 27 de junio de 2014 dándose de alta al paciente apenas a las dos horas y media de su práctica con indicación de control por el MAP. Sin embargo, la evolución no habría sido favorable, presentándose pronto las primeras complicaciones consistentes en dolores irradiados al torso y calor en la zona de la herida quirúrgica, exudado supurulento en el borde superior de la aureola izquierda (7 de julio), pequeña dehiscencia de herida quirúrgica en mama izquierda y costra en el punto de cicatrización y abundante drenado hemático en la mama derecha (9 de julio), ligera rubefacción y calor en mama derecha a pesar de pautarse curas diarias desde la anterior fecha (24 de julio) y, significativamente, en Urgencias del Hospital “12 de Octubre”, dehiscencia en incisión superomedial en pezón derecho con salida de material serohemático y trayecto fistuloso en profundidad y, en mama izquierda, orificio a 1 cm superomedial de areola con trayecto fistuloso profundo y salida de material serohemático por dicha zona, así como asimetría mamaria.

Con respecto a esta última asistencia a Urgencias, considera el demandante que llama poderosamente la atención que, transcurrido un mes desde la cirugía, la herida quirúrgica continuara abierta, presentara un orificio y continuara expulsando material serohemático, complicaciones postquirúrgicas que, desde su punto de vista, serían reveladoras de una deficiente técnica y un control postoperatorio inadecuado. Resalta igualmente la pasividad del personal médico, ya que, de no ser porque fue el propio paciente quien, en un estado de grave preocupación y padecimiento doloroso, acudió a Urgencias, nadie hubiera tomado ninguna decisión con respecto a su caso, en este caso la derivación a Cirugía Plástica.

En dicho sentido, recalca igualmente que, en la primera revisión en el Hospital del Tajo producida el 31 de julio, manifestó su disgusto

por no haber sido informado de las posibles complicaciones, en este caso deformidad entre ambas mamas y una herida de medio centímetro en la zona cutánea de la mama izquierda de posible origen isquémico, y pidió expresamente su derivación a Cirugía Plástica, ya que *“la estética es su forma de vida”*.

El reclamante considera que esas complicaciones se hubieran salvado con dos cautelas que entiende elementales, cuales serían la aplicación de una faja o vendaje compresor al dar el alta hospitalaria, que a su juicio hubiese evitado el seroma, y, en cuanto a la dehiscencia de la herida quirúrgica, considera despreciable su posible origen isquémico, al no presentar ningún factor de riesgo para ello, y lo atribuye a una mala técnica de sutura.

Incide también la reclamación en varias deficiencias atribuidas al consentimiento informado de la intervención: la diversidad entre quien facilita la información previa y el facultativo que interviene al paciente; la ausencia de indicación en el mismo de los tratamientos alternativos, posibles complicaciones y firma del facultativo encargado del tratamiento; la entrega de un documento referente a la mastectomía simple cuando al parecer se le realizó una subcutánea.

Se pregunta en fin la parte reclamante por qué no se le derivó desde el principio a una intervención por Cirugía Plástica y no de Cirugía General y del Aparato Digestivo, máxime cuando había expresado en diversas ocasiones su dedicación al trabajo de modelo. De hecho, en la actualidad estaba en trance de intentar solventar los perjuicios que le había causado la intervención, en especial desde el punto de vista estético, mediante una operación en una clínica privada.

Con respecto a la cuantía de la reclamación, quedaba parcialmente indeterminada al exponer que, en cualquier caso, su importe sería superior a los 30.000 €.

Acompañaban a su reclamación documentación médica correspondiente al historial clínico del paciente poder general para pleitos otorgado a favor de los dos abogados que presentan la reclamación, estudios médicos sobre la forma de evitar seromas y el campo propio de actuación de los médicos de Cirugía General, así como fotografías del estado de la herida post operatoria con la finalidad de acreditar *“el nefasto resultado de la intervención”*.

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

El reclamante, derivado desde Atención Primaria por un cuadro de dolor en mama izquierda y bulto en ambas de un mes de evolución, acudió el 1 de abril de 2014, cuando contaba con 26 años y con antecedentes de colitis ulcerosa en tratamiento farmacológico y de cuadro depresivo desde hacía cinco años (comunicados después, en asistencia a Urgencias del Hospital “12 de Octubre” de 24 de julio) incluido intento autolítico en diciembre de 2013 con autoagresión en tórax clavándose una aguja en el pecho que necesitó de puntos de sutura y colocación quirúrgica de tubo de tórax del 24 conectado a Pleur-evac (así figura en el historial clínico, a los folios 83 a 100 del expediente administrativo), a consulta de Cirugía General del Hospital del Tajo.

En dicha consulta, tras referir el paciente sintomatología consistente en nódulo doloroso en mama izquierda desde hacía un mes posteriormente sentido en la derecha, a la exploración física se observó ginecomastia bilateral con aumento de densidad del tejido mamario en mama izquierda y palpación de nódulo de

aproximadamente 1 cm., doloroso retroareolar y doloroso a la palpación en mama derecha e indicó la realización de analítica y ecografía mamaria.

En la consulta de 15 de mayo, con una analítica hormonal buena y apreciación en los resultados de la mamografía y ecografía bilateral de mama, tejido mamario en ambas regiones retroareolares con ecoestructura homogénea, sin imágenes nodulares sólidas ni quísticas en relación con ginecomastia bilateral, que en la mama izquierda mide 10,1 x 26,5 mm y en la mama derecha 24,7 x 9,4 x 16,1 mm, sin adenopatía axilares en rango patológico, se estableció el diagnóstico de *“Hallazgos benignos. Ginecomastia bilateral, discretamente mayor en la mama izquierda”*.

A continuación, y en esa misma mañana, fue derivado por Cirugía General y Digestiva con el diagnóstico de ginecomastia bilateral. Según las anotaciones realizadas por el facultativo correspondiente en la “nota de asistencia” incluida en el historial clínico (a los folios 32 y 33 del expte. admvo.), el paciente refirió en la anamnesis mucho dolor en ambas mamas y haber tomado muchos corticoides por una colitis ulcerosa, y, dejándolo incluido en lista de espera para mastectomía, se le comentó que las posibles postquirúrgicas eran especialmente dos: *“seroma postquirúrgica y la retracción cutánea de la cicatriz quirúrgica por necrosis de los bordes”*.

En esa misma fecha, se le dio a firmar el documento de consentimiento informado para masectomía simple, cuyo objeto, según se decía, era la extirpación de la mama, incluyendo la glándula con piel, areola y pezón. Entre los riesgos de la intervención, se hacía referencia a que,

“... a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización pueden presentarse efectos indeseables, tanto los

comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos del procedimiento; poco graves y frecuentes: Infección o sangrado de herida quirúrgica. Colección de líquido. Flebitis. Edema transitorio del brazo. Cicatrices retráctiles o inestéticas. Dolor prolongado en la zona de la operación, o poco frecuentes y graves: Inflamación grave de los linfáticos del brazo. Reproducción de la enfermedad. Sangrado importante. Alteraciones locales de los nervios. El médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.) pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad”.

También se firmó, en la misma fecha, el consentimiento informado para la anestesia general y loco regional.

La mastectomía simple bilateral se realizó bajo anestesia general en régimen ambulatorio el 27 de junio, y, tras comprobar que el paciente toleraba adecuadamente, se le dio el alta previa administración de un analgésico. Las indicaciones dadas al paciente tras el alta consistían en la ingesta de analgésico cada ocho horas en caso de dolor; retirada del apósito a las 48 horas; acudir al médico de Atención Primaria o a Urgencias del hospital en caso de notar dolor excesivo, gran inflamación en la herida, hemorragia por la misma o fiebre; retirada de los puntos de sutura en Enfermería de su centro de salud a los 7-10 días, y revisión en consulta externa de Cirugía General en la primera fecha libre pasado un mes.

El 7 de julio acudió a Atención Primaria, Área 11, para la retirada de puntos de sutura en ambas areolas mamarias, y por presentar cicatrización con ligero exudado seropurulento en borde superior de areola izquierda, se aplicó colagenasa y parche hidrocoloide para desbridamiento e indicó nueva valoración en 24 horas.

El 9 de julio se realizó cura del punto de cicatrización con suero fisiológico y se solicitó valoración médica por posible seroma, que confirmó el médico de familia, y se drenó abundante exudado serohemático del pectoral izquierdo quedando dos fistulas que no se comunican. Asimismo, se aplicó colagenasa en areola de mama izquierda por presentar pequeña dehiscencia de herida quirúrgica y, en la mama derecha, se desbridó costra en el punto de cicatrización y presentaba abundante drenado hemático.

A partir de ese día se realizaron curas diarias en ambas areolas mamarias, realizando la cura de la mama izquierda mediante lavado previo con suero fisiológico al 0.9%, colagenasa e hidrofibra de hidrocoloide para desbridamiento enzimático y se procedió al desbridamiento quirúrgico por presentar zona esfacelar en la herida, y, en cuanto a la mama derecha, se realizó previo lavado con suero fisiológico al 0.9% y se aplicó punta de gasa, continuando abundante exudado serohemático.

Ya el 22 de julio, se cambió la pauta de cura en la mama izquierda a colágeno en polvo junto con apósito de hidrofibra de hidrocoloide, consiguiendo controlar el exudado, y, en cuanto a la mama derecha se mantuvo la pauta de curas previa.

El 24 de julio el paciente presentaba ligera rubefacción y calor en la mama derecha, solicitándose valoración médica y pautando antibiótico.

En la noche del 24 de julio acudió espontáneamente a Urgencias del Hospital “12 de Octubre” para valoración de las heridas quirúrgicas en zona de adenectomía por ginecomastia. A la exploración física, se observó dehiscencia en incisión superomedial en pezón derecho con salida de material serohemático y trayecto fistuloso en profundidad y a la palpación se observó zona indurada en

cuadrante superomedial. En la mama izquierda se observó orificio a 1 cm superomedial de areola con trayecto fistuloso profundo, salida de material serohemático por dicha zona sin signos de infección en el momento actual. En el informe de asistencia correspondiente, también se indicó: *“No otras alteraciones relevantes. A la contracción de pectorales se observa socavamiento horizontal zona periareolar en mama izquierda. Asimetría mamaria”*. Asimismo, se hizo constar que se había explicado al paciente la necesidad de seguimiento en consultas externas y la ausencia de necesidad de una actuación urgente al no presentar signos de gravedad. Se estableció el juicio clínico de ginecomastia, recomendando continuar con las curas cada 24 horas, seguir tomando la medicación antibiótica pautaada por el MAP y la analgesia habitual. Asimismo, se le citó para consulta de Cirugía Plástica el 28 de julio.

El día 25 de julio fue a realizarse las curas portando el informe de Urgencias, siguiendo realizándose las curas diarias en Enfermería de su Centro de Salud hasta dar el alta de la mama izquierda el 31 de julio, y el de la mama derecha el 18 de agosto.

El 31 de julio, en la primera revisión, se estableció el diagnóstico anatomopatológico, consistiendo, en cuanto a las piezas de mastectomía derecha e izquierda, en falta de evidencia de malignidad en la muestra estudiada, con hallazgos histológicos congruentes con ginecomastia en ambas mamas.

En el informe de seguimiento correspondiente, se anotó:

“Refiere haber tenido seroma bilateral que se drenó espontáneamente ante la retirada de puntos de sutura. Viene muy disgustado porque nadie le explicó la posibilidad de las complicaciones que presenta. Le ha quedado deformidad entre ambas mamas y una herida de aprox. 0,5 cm en zona cutánea de mama izquierda de probable origen isquémico. Quiere que se le

trate por parte de Cirugía Plástica, ya que la estética en su caso es su forma de vida. A petición del paciente hago canalización a Cirugía Plástica”.

La consulta de Cirugía Plástica del Hospital “12 de Octubre” tuvo lugar el 19 de agosto de 2014, anotándose en el apartado de “historia actual” del informe de evolución correspondiente (al folio 362):

“Operado en el Hospital del Tajo de ginecomastia hace 6 semanas con seroma postoperatorio importante y mal resultado final. Viene a consultar segunda opinión pero por el momento no hay nada que hacer salvo masajes y faja compresiva. Revisión quirúrgica no antes de 6 meses. Aporta A. P. compatible con ginecomastia. Glándulas extirpadas en ambas mamas”.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez admitida la solicitud en virtud de acuerdo de la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS de 13 de noviembre de 2014.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Se han recabado antecedentes del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital del Tajo, cuyo jefe ha emitido informe sobre los hechos objeto de la reclamación.

También se ha recabado informe de la Inspección Sanitaria que, con carácter previo, pidió se solicitara del reclamante la aportación de la documentación relacionada con su asistencia por un especialista en Cirugía Plástica y Reparadora de un centro médico privado. Requerido al efecto por la instructora con fecha 10 de junio de 2015, los

abogados representantes de la reclamante, mediante escrito de 29 de junio, aportaron un justificante de pago de una consulta por valor de 100 dólares, un presupuesto de 15.000 euros con vistas a una intervención quirúrgica y el volante de solicitud de las pruebas preoperatorias.

Incorporada dicha documentación, la inspectora médica actuante, mediante informe de 26 de agosto de 2015, concluye que la actuación sanitaria no ha sido negligente en argumentos que se resumen en el siguiente juicio crítico:

“... A la vista de lo expuesto se deduce que si bien el modelo de consentimiento informado no era el más adecuado al caso, el paciente fue informado de las posibles complicaciones, intervenido por un especialista en Cirugía General capacitado para realizar ese tipo de intervenciones. Las complicaciones son las posibles en este tipo de cirugías y están siendo tratadas y revisadas en Cirugía Plástica.”

Concluida la instrucción, por acuerdo de 12 de enero de 2016 se ha otorgado el trámite de audiencia a la reclamante, que, mediante escrito de 5 de febrero, ha incidido en la argumentación expuesta en su escrito inicial, he insistido tanto en la inadecuación del consentimiento informado a la intervención practicada al reclamante, como en la relación entre el daño estético sufrido por el reclamante y la falta de indicación de uso de una faja comprensiva.

Con posterioridad, la parte reclamante presentó un nuevo escrito, de 23 de febrero, en el que, de un modo razonado, cuantificaba la indemnización pretendida. En concreto, solicitaba la percepción de 53.902,71 €. De esa cantidad, 23.902,71 € resultaban de la suma de un día de hospitalización, (71,84 €), 34 días improductivos (1.985,94 €) y 19 no improductivos (597,17 €). Y, en cuanto a las secuelas, consistían en perjuicio estético medio, que se valoraba en 16 puntos (19.316,16

€). Asimismo, se aplicaba un factor de corrección del 10% (1.931,60 €). Los otros 30.000 € hasta alcanzar la cantidad total se derivaban de la inadecuación del documento de consentimiento informado.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad ha emitido propuesta de resolución de 20 de mayo de 2016 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar acreditada la conformidad de la asistencia sanitaria prestada al paciente a los criterios de la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 30 de mayo de 2016 que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 3 de junio, formula consulta cuyo estudio corresponde por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Pleno de 14 de julio de 2016.

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.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, 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 el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para sostener la acción de responsabilidad patrimonial, al haber sido la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria cuya pretendida deficiencia es objeto de denuncia.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del centro sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El órgano petionario del dictamen ha tramitado el procedimiento administrativo previsto en el Título X de la 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 (RPRP).

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha recabado informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital del Tajo, que es precisamente aquel cuya actuación es puesta en tela de juicio por parte del reclamante. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Sanitaria sobre los hechos que motivan la reclamación, y se ha otorgado el trámite de audiencia -previsto, como garantía esencial del derecho de defensa, en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP-.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar frente a la Administración Pública prescribe al año de producirse el hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo y, en particular, cuando se trate de daños de carácter

físico o psíquico –como es el caso- el plazo no empezará a computarse sino desde la curación o bien cuando quede determinado el alcance de las secuelas.

En el caso examinado la reclamación se deduce en relación con la intervención quirúrgica practicada al reclamante el 27 de junio de 2014; de esta forma, la reclamación, presentada cuando se cumplían cuatro meses desde aquella fecha, está indudablemente formulada dentro del plazo necesario con indiferencia de la fecha de concreción del perjuicio.

TERCERA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que,

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o

exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) que,

“... no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas 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”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por

quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que,

“... la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En el caso del reclamante, el perjuicio sufrido alude a un doble aspecto; por un lado, las complicaciones subsiguientes (seroma y dehiscencia de la herida quirúrgica) y el mal resultado estético de la intervención quirúrgica reconocido, como luego se verá, en algún

informe médico, y, por otro, en la lesión de su derecho a la autodeterminación por las deficiencias del documento de consentimiento informado. No obstante, conviene observar que, en cuanto a las secuelas estéticas, no cabe afirmar que éstas sean definitivas, puesto que ya se ha derivado al paciente a su solicitud a Cirugía Plástica, Servicio en el que se está procediendo al examen de su caso y, en cualquier caso, la historia clínica refleja un intento autolítico del paciente clavándose una aguja en el pecho en diciembre de 2013.

Ahora bien, no basta con acreditar la emergencia de un daño para que se surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es necesario acreditar que éste se halle relacionado, cuando de la asistencia sanitaria se trata, con una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*.

Comenzando por el examen de la cuestión relativa a la corrección de la intervención quirúrgica, no hay reproche en cuanto al correcto diagnóstico de la enfermedad (ginecomastia bilateral) ni en cuanto a la decisión de proceder a su abordaje quirúrgico, pero sí en cuanto a la forma de realizar la operación, que, a juicio de la reclamación, se habría realizado con una deficiente técnica a la vista del resultado de la misma.

Al respecto, conviene anticipar que, más allá de sus alegaciones, la parte reclamante no aporta criterio médico, técnico o científico, avalado por profesional competente, que permita tener por acreditados los juicios de valor de índole sanitaria que vierte en sus escritos de reclamación y de alegaciones. Así las cosas, esta Comisión Jurídica Asesora ha de estar al criterio emitido en los únicos informes aportados al procedimiento, que son precisamente aquellos cuya incorporación ha sido requerida por su instructor.

En particular, el informe de la Inspección Sanitaria revela que, las consecuencias que ha producido al paciente la intervención forman parte de los riesgos inherentes a la misma, de forma que, incluso habiéndose producido un perjuicio estético a aquél, éste no debe ser asimilado con la concurrencia de mala praxis.

Interesa al respecto significar en concreto, que la finalidad de la intervención era meramente curativa y no estética. El reclamante, ciertamente, ha apelado al interés estético una vez visto el resultado de la intervención, y en dicho sentido se ha producido a su derivación a Cirugía Plástica con el objeto de dar la mejor solución posible a su situación; sin embargo, la finalidad de la mastectomía era curativa, y respondía a las quejas que venía manifestando el paciente de tener dolores en la zona pectoral de un mes de evolución.

Carecen igualmente de sustento técnico debidamente acreditado, las apreciaciones de tipo técnico que contiene el escrito de reclamación, tales como su alusión a que una simple indicación de llevar una faja o vendaje compresor tras el alta hospitalaria, hubiese evitado la aparición del seroma. Esta afirmación no deja de ser una apreciación subjetiva del reclamante y, el hecho de que el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “12 de Octubre” señalara en consulta producida pasados más de dos meses de la intervención, y con una finalidad muy distinta a la de ésta, que el reclamante debía llevar una faja compresora, en modo alguno es indicativo de que dicha prevención hubiera sido necesaria como tratamiento post quirúrgico inmediato a la intervención.

Tampoco se ha aportado informe o pericia médica de la que se pueda deducir la mala técnica de sutura a que alude la reclamación, en modo alguno reconocida en el informe de la Inspección Sanitaria y, en cuanto a la pretendida pasividad médica en el post operatorio, se antojan razonables las objeciones planteadas a tal alegación en el

informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo en el sentido de haber sido el paciente quien no acudió a comentar sus complicaciones a dicho Servicio, cuanto este tiene funcionamiento diario atendiendo diariamente a personas sin cita e incluso es permanente la apertura del Servicio de Urgencias del Hospital del Tajo. Corroborando estas afirmaciones del jefe de Servicio, la consulta de la historia clínica permite observar que, entre las indicaciones dadas al paciente en el momento del alta hospitalaria tras la intervención, estaban la de acudir al médico de Atención Primaria o a Urgencias del hospital en caso de notar dolor excesivo, gran inflamación en la herida, hemorragia por la misma o fiebre; realizar la retirada de los puntos de sutura en Enfermería de su centro de salud a los 7-10 días y asistir a revisión en consulta externa de Cirugía General en la primera fecha libre pasado un mes.

No existe, en fin, ningún dato que avale la opinión de los abogados del reclamante en el sentido de no estar capacitados los facultativos de un Servicio de Cirugía General y Digestivo para realizar una mastectomía a un varón. Por el contrario, la Inspección Sanitaria considera su capacitación para realizar este tipo de intervenciones.

En definitiva, y tal como venimos afirmando con insistencia verbigracia en el Dictamen 163/16, de 2 de junio, en el que nos hacíamos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina que la sigue de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la prestación correspondiente al servicio sanitario constituye, cuando de la medicina curativa se trata, una obligación de medios y no de resultado, siendo obligación del profesional sanitario el prestar la debida asistencia, mas no el garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

QUINTA.- Invoca también la parte reclamante el perjuicio moral que le ha supuesto no haber recibido información sobre las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica que le fue practicada.

En orden al análisis de esta cuestión, debe partirse de la consideración del consentimiento informado, como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”* (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002).

Sobre la forma de prestar el consentimiento, atendiendo a artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sienta que,

“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Al referirse la queja del reclamante a su ausencia en una intervención quirúrgica, era necesario recabar el consentimiento informado y hacerlo constar en forma escrita. No quiere decir esto, sin embargo, según tuvo ocasión de manifestar el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid –cuya doctrina en este punto hacemos propia- en numerosas ocasiones (por todas, el Dictamen 483/11 y las Sentencias del Tribunal Supremo que en él se citan), que no se hubiera facilitado al paciente la información necesaria, sino que, más bien, implica una inversión de la carga de la prueba, de forma que sea

la Administración sanitaria la que acredite que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención.

En cuanto al contenido que debe tener la información prestada, también hemos dicho, la jurisprudencia (verbigracia, en Sentencia de 29 de junio de 2010, RC 4637/2008), indica que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Aún evitando ese extremo, la información prestada al paciente debe comprender todos los riesgos conocidos con independencia de que sean más o menos graves y más o menos frecuentes; en definitiva, el consentimiento informado debe comprender todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

En particular, en el caso examinado, se le dio al paciente reclamante un consentimiento informado para “mastectomía simple”. No obstante, más que a la denominación en sí de la intervención, a esta Comisión Jurídica Asesora le parece más relevante en el caso examinado el atender a la definición del objeto de la intervención y de sus posibles riesgos en dicho documento.

Con respecto a dicha cuestión, el propio informe de la Inspección Sanitaria reconoce que, el documento dado al paciente,

“... por su contenido parece más dirigido a la cirugía del cáncer de mama en la mujer y en el que el procedimiento descrito que es mucho más agresivo que el después realizado y describe posibles efectos indeseados como infección o sangrado de la herida quirúrgica, colección de líquido, flebitis, cicatrices retráctiles o inestéticas y dolor prolongado en la zona de la intervención”.

Las consideraciones de la médico inspectora actuante en lo relativo a que el documento parece destinado a intervenciones practicadas a mujeres parece de todo punto razonable cuando se comprueba que éste incluye, verbigracia, la necesidad de que la paciente advierta *“si he sido sometida a radioterapia previa, si estoy embarazada o si padezco alguna enfermedad severa del colágeno”*.

Este déficit no puede ser suplido, como pretende la propuesta de resolución, con la consideración de que los riesgos previstos en el consentimiento informado dado a la firma eran más graves que los propios la intervención a que iba a ser sometido realmente el paciente. En el apartado 4 del documento se reflejan como riesgos posibles, los consistentes en infección o sangrado de herida quirúrgica, colección de líquido, flebitis, edema transitorio del brazo, cicatrices retráctiles o inestéticas, dolor prolongado en la zona de la operación y, como poco frecuentes y graves, la inflamación grave de los linfáticos del brazo, reproducción de la enfermedad, sangrado importante y alteraciones locales de los nervios.

En el caso del paciente, las complicaciones que sobrevinieron consistieron, según el informe del propio Servicio que le intervino, aparte de la cicatriz cuya relación con la intervención se antoja dudosa por los antecedentes ya mencionados del paciente y en cualquier caso sí recogida como posible riesgo en el documento dado a su firma, en el seroma y la dehiscencia parcial de la herida quirúrgica, que no venían recogidos en él a pesar de constituir riesgos típicos de la intervención.

Se tiene que deducir por consiguiente que la incorrecta formación de ese documento tuvo que incidir en la dificultad del paciente, por otra parte joven y con un largo cuadro de inestabilidad psicológica, en formarse un cabal juicio sobre el objeto y consecuencias de la intervención que le iba a ser practicada.

Así pues, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado punto de la infracción del derecho a la información del paciente, sin perjuicio de que la actuación médica en sí misma considerada (esto es, la indicación de la intervención quirúrgica y la forma de llevarla a la práctica) no sea reprochable desde el punto de vista médico. En dicho sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2012 (RC 7014/2010), con cita de otras muchas anteriores, expone 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”.

En el caso del reclamante, el riesgo de dehiscencia de la herida, del que no se informó, se hizo realidad. Procede por ello traer a colación el Dictamen 37/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el que, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012 (RC 3925/2011), destacábamos que la ausencia de información constituye un daño moral que deberá ser indemnizado si de la actuación médica se derivan un daño.

En punto a su concreta indemnización, cabe apreciar también con la jurisprudencia (en dicho sentido, la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, S. 10^a, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, P.O. 1018/2013), la dificultad de cuantificar

ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En el caso del paciente, los riesgos no advertidos no sólo concurrieron, sino que le han producido un evidente malestar reflejado en sus continuas visitas a servicios médicos lamentando la falta de información, si bien no cabe reconocer una incidencia subjetiva particular desde el punto de vista estético al no existir ninguna evidencia de que trabaje como modelo. Asimismo, cabe advertir que, en la misma consulta en la que se acordó proceder a la intervención quirúrgica y se le dio el documento para su firma, se le advirtieron de palabra las consecuencias principales de la intervención. Así, figura, tal como ha sido recogido en los antecedentes de hecho del dictamen, en el informe correspondiente a la consulta de aquel día.

Ponderando unas y otras circunstancias, consideramos adecuada a las circunstancias del caso reconocerle una indemnización de 6.000 euros.

En atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no haberse recogido en el documento de consentimiento informado los riesgos posibles de la intervención practicada el 27 de junio de 2014, y reconocer su derecho a ser indemnizada en un importe de 6.000 euros.

En cambio, no procede estimar la pretensión indemnizatoria basada en la pretendida incorrección de la técnica quirúrgica empleada o del tratamiento post operatorio, afirmaciones éstas de la reclamación que no han resultado corroborada por ningún medio de prueba.

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 14 de julio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 319/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid