



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen 223/2017

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad), mediante oficio registrado el día 4 de noviembre de 2016, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 313/16), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito de 20 de enero de 2016, x formula reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por un funcionamiento anómalo del servicio público sanitario según los siguientes hechos:

Con fecha 21 de enero de 2015 fue intervenida en el Hospital Viamed San José (Alcantarilla) de una mamoplastia de reducción por padecer hipertrofia mamaria, tras ser derivada por el Servicio de Cirugía Plástica y Quemados del Hospital General Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), después de haber permanecido en lista de espera desde el 3 de abril del año anterior.

Como consecuencia de dicha operación, tras varios meses con problemas de cicatrización, de infecciones en las cicatrices, por fin las mismas se cierran y comienza a tener dolores en las mamas tras quedarse embarazada, dolores que son más intensos en la zona de las cicatrices por lo que acude al Servicio de Urgencias para ser tratada.

Con fecha 14 de julio de 2015 se le realiza una ecografía de mama, en la que se aprecia la existencia de dos nódulos de aspecto quístico, ambos de características benignas. También hay ectasia ductal retroaleolar en la mama derecha (pezón invertido).

Tras ser revisada por el equipo de Cirugía Plástica y Quemados del HUVA el 24 de septiembre de 2015, se le cita para el 21 de enero de 2016.

Manifiesta que actualmente presenta dismetría mamaria (mama derecha de menor tamaño) con retracción del pezón derecho, cicatriz queolloide en ambas mamas y pliegue subcutáneo en piel a nivel de la línea axilar anterior.

Atribuye al servicio público sanitario la comisión de una negligencia, reclamando por las secuelas de la intervención, ya que sus mamas tienen ahora un tamaño diferente, cicatrices muy visibles y el pezón derecho retraído e incluso, tras la reducción, no ha podido dar de mamar a su hijo recién nacido, a pesar de que no debería haber tenido ningún problema.

Solicita que *"se acceda al pago de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, que será determinada más adelante"*; y acompaña junto a su reclamación los documentos clínicos y el reportaje gráfico de las secuelas obrantes en los folios 6 a 29.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de febrero de 2016, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes interesadas; al mismo tiempo se solicita copia de la historia clínica e informes a la Gerencia de Área de Salud I (HUVA) y al Hospital Viamed San José. Se trasladó también la reclamación a la Compañía Aseguradora del Ente Público, a través de la Correduría de Seguros --.

TERCERO.- El administrador del Hospital Viamed San José remite el historial de la paciente y el informe del Dr. x, de 26 de febrero de 2016, sobre la asistencia prestada (con entrada el 6 de marzo siguiente), obrantes en los folios 37 a 64. También constan los dos documentos de consentimiento informado suscritos por la paciente para la anestesia y para la mamoplastia de reducción de mamas en enero de 2015.

CUARTO.- Por oficio de 2 de marzo de 2016, el Director Gerente del Área I de Salud remite copia de la historia clínica de la paciente en el HUVA con CD con imágenes, así como el precitado informe del mismo facultativo perteneciente a la plantilla del citado Centro Hospitalario (folios 65 a 86).

QUINTO.- El órgano instructor, tras comunicar a la reclamante que se estima adecuada la prueba documental propuesta, le informa por oficio de 16 de marzo de 2016 que se ha remitido en la misma fecha el expediente a la Subdirección de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica) de la Consejería para su valoración. También se remite a la Compañía Seguradora del Ente Público (--).

SEXTO.- Por parte de la citada Aseguradora se aporta informe médico-pericial, emitido por el Dr. x, especialista en cirugía plástica y reparadora, que concluye (folios 92 a 97):

"1º.- x con antecedentes médicos de obesidad y tabaquismo, padecía de hipertrofia mamaria que provocaba algias dorsales. Por este motivo fue intervenida quirúrgicamente por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Viamed San José mediante mamoplastia de reducción.

2º.- Tras la intervención se desarrolló una dehiscencia de la sutura quirúrgica en la confluencia de las incisiones inframamaria y vertical, que precisó de curas adicionales y nueva sutura bajo anestesia local.

3º.- *Tras el cierre definitivo de la herida la paciente refiere insatisfacción con el resultado por asimetría mamaria, cicatrices muy visibles, retracción de pezón e imposibilidad de lactancia natural.*

4º.- *La reducción mamaria estaba correctamente indicada en presencia de hipertrofia mamaria con algias dorsales. La técnica utilizada (pedículo dermoglandular inferior y patrón de Wise) es habitual y por tanto su elección es adecuada.*

5º.- *La dehiscencia de la sutura quirúrgica es una complicación impredecible e inevitable, no relacionada con actuación quirúrgica inadecuada. Esta complicación viene claramente recogida en los documentos de consentimiento informado firmados por la paciente ("apertura de la herida").*

6º.- *Tras el cierre definitivo de la herida la paciente refiere insatisfacción con el resultado por asimetría mamaria, cicatrices muy visibles, retracción del pezón e imposibilidad para la lactancia natural. Estas complicaciones también son impredecibles e inevitables, no indican una actuación médica inadecuada y se recogen en los documentos de consentimiento informado.*

7º.- *De acuerdo con lo anterior, la actuación médica ha de calificarse de correcta y acorde a la Lex Artis".*

SÉPTIMO.- Habiendo transcurrido el plazo de tres meses para la emisión de informe por la Inspección Médica, el órgano instructor acuerda la continuación del procedimiento administrativo conforme al Protocolo de Agilización del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Acuerdo de Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud, en su sesión de 27 de mayo de 2011, así como con la doctrina de este Consejo que se cita, al considerar que se dispone de los elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión sobre la reclamación formulada.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas en el procedimiento, la reclamante, después de haber comparecido y obtenido copia del expediente (folio 101), presenta escrito de alegaciones el 30 de septiembre de 2016, en el que reproduce en parte su escrito de reclamación inicial y, pese a reconocer que las secuelas que padece vienen recogidas en el documento de consentimiento informado que suscribió, alega que las mismas son excesivamente exageradas y el resultado de la operación desproporcionado, ya que padece 9 de los 12 riesgos que figuran en aquél. Por ello, actualmente se encuentra en tratamiento psiquiátrico, acompañando citaciones de la consulta de psiquiatría. Concluye que las secuelas que padece son fruto de una mala *praxis* profesional del facultativo que la intervino por no haber realizado bien su labor, solicitando su reparación.

Por su parte, x, en representación de la mercantil -- también presenta escrito de alegaciones (registrado el 4 de octubre de 2016), en las que reproduce las consideraciones del informe de 26 de febrero anterior del Dr. x. Dicho escrito finaliza con las siguientes conclusiones:

1º) La intervención quirúrgica fue realizada sin incidencias, con ingreso hospitalario de aproximadamente 24 horas, sin incidencias anestésicas, ni complicaciones operatorias, protocolo de asepsia y antisepsia correcta y uso de

drenajes aspirativos hasta posterior retirada en consultas externas.

2º) Con posterioridad a la operación, se realizó un seguimiento continuo y seriado.

3º) La ectasia ductal junto a dos nódulos de aspecto quístico de características benignas informados por el informe radiológico no guarda relación con la intervención quirúrgica, ni se informa de presencia de colecciones de tejido mamario, ni ninguna otra complicación derivada de la cirugía.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 19 de octubre de 2016, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial dado que las complicaciones sufridas por la paciente estaban contempladas en el documento de consentimiento informado, como ella misma reconoce, sin que se le privara del derecho a decidir y asumir los riesgos y complicaciones inherentes a la intervención a la que se sometió. Por otra parte, la reclamante no ha aportado prueba en contrario que avale la mala *praxis* médica.

DÉCIMO.- Con fecha 4 de noviembre de 2016 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Régimen legal aplicable, legitimación, plazo de interposición de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC 2015) y que este nuevo Cuerpo legal y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPAC 2015 dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, sino que se regirán por la normativa anterior. De conformidad con ello, el régimen legal que resulta aplicable en este caso es el que se contenía en la LPAC.

II. La reclamación ha sido formulada por persona interesada que es quien sufre los daños personales por los que reclama.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia, pero también ostenta dicha legitimación el Hospital Viamed San José, centro concertado al que se derivó al paciente (Dictámenes 106 y 313 del año 2016), habiéndose otorgado el correspondiente trámite de audiencia para que pueda formular alegaciones.

III. En relación con el requisito del plazo, el artículo 142.5 LPAC establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

A la vista de fecha de la intervención quirúrgica y de los problemas de cicatrización de la herida, la acción formulada se habría presentado en plazo.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

De modo particular, interesa señalar que la decisión del órgano instructor de continuar con los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto para la emisión de informe por parte de la Inspección Médica, aparece justificada en la existencia de elementos suficientes de juicio para adoptar la decisión, de acuerdo con lo señalado en nuestro Dictamen núm. 193/2012.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE, según el cual *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Por otra parte, el Texto Constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económico e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.



Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una 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, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la *praxis* médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *lex artis*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

CUARTA.- Sobre la aplicación de los anteriores requisitos al presente caso. Inexistencia de daño antijurídico.

Según la reclamante, durante la operación se cometió una negligencia debido a las secuelas que sufre, ya que sus mamas tienen distinto tamaño, cicatrices muy visibles, el pezón derecho retraído e incluso tras la reducción no ha podido dar de mamar a su hijo recién nacido cuando en teoría no debería haber tenido problemas. En el posterior escrito de alegaciones sostiene que si bien es cierto que las secuelas que padece se recogían en el documento de consentimiento informado suscrito, considera que son desproporcionadas, pues se ha dado una concatenación de casi todas las posibles complicaciones. Asimismo expone que toda esta situación le ha provocado una desestabilización emocional, estando bajo tratamiento farmacológico.

Sin embargo, la reclamante no aporta ningún elemento de prueba, preferentemente de carácter pericial, en el que se sostenga la negligencia médica, a pesar de que le obliga a ello el principio sobre distribución de la carga de la prueba que se contiene en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que resulta de aplicación en materia administrativa. Así, en dicho precepto se establece que *"Corresponde al actor... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda..."*.

De manera contraria, el órgano instructor de la Administración regional ha traído al procedimiento los informes de los facultativos que asistieron a la paciente y un informe médico-pericial realizado a solicitud de la empresa aseguradora del Ente Público.

De los anteriores informes se alcanzan las siguientes conclusiones:

1^a) La reducción mamaria a la paciente estaba correctamente indicada en presencia de hipertrofia mamaria con algias dorsales. La técnica utilizada (pedículo dermoglandular inferior y patrón de Wise) es habitual y su elección adecuada.

2^a) La paciente fue informada de la técnica quirúrgica, así como de sus riesgos y posibles complicaciones, firmando dos documentos de consentimiento informado para mamoplastia de reducción (folios 48 a 53) y 75 a 79). En ellos figuran las complicaciones que posteriormente se materializaron.

3ª) La dehiscencia de la sutura quirúrgica es una complicación impredecible e inevitable, no relacionada con actuación quirúrgica inadecuada. Esta complicación viene recogida en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente ("apertura de la herida").

4ª) Sobre las secuelas alegadas (asimetría mamaria, cicatrices muy visibles, retracción del pezón e imposibilidad para la lactancia natural) son complicaciones también impredecibles e inevitables, no siendo indicativas de una actuación médica inadecuada y se recogen en el documento de consentimiento informado.

5ª) Tanto la ectasia ductal, que podría estar en relación con los cambios hormonales según el informe radiodiagnóstico (folio 80), como los dos nódulos de aspecto quístico de características benignas, no guardan relación con la intervención quirúrgica (folio 68).

De otra parte, la asunción de riesgos por parte de la paciente mediante la firma de los documentos de consentimiento informado conduce a que tampoco se puede afirmar que el daño alegado sea antijurídico (artículo 141.1 LPAC). Así en el Dictamen 60/2017 se señaló:

"Por consiguiente, la materialización de un riesgo típico de la intervención -asumido por la reclamante mediante el documento de consentimiento informado- no permite sostener que el daño alegado sea antijurídico como ha destacado este Órgano Consultivo en anteriores Dictámenes. Así en el Dictamen 130/2016 se hacía mención al artículo 141.1 LPAC, que establece que serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, existiendo tal deber de soportar el daño conforme a la jurisprudencia cuando el paciente ha sido informado de la posibilidad de una complicación a través del documento de consentimiento informado asumiendo riesgos. A este respecto se hacía referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de abril de 2011, sobre la antijuridicidad del daño en tales casos:

"DUODÉCIMO.- [...] En dicha lógica, pues, constatada la relación de causalidad y la inexistencia de funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, procede entrar a analizar si el daño padecido es un daño antijurídico, esto es, si existe el deber jurídico de soportar la materialización o concreción de uno de los riesgos conocido y consentido por la paciente y que podía derivarse de la intervención a la que es sometida.

(...)

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que existe el deber jurídico de soportar los daños derivados de una complicación, de la que ha sido convenientemente informada la actora con la suscripción del correspondiente consentimiento en los términos de los arts. 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (STS de 31 de octubre de 2000 y de 30 de octubre de 2000) (...). Se trata, a mayor abundamiento, de la materialización o concreción de un riesgo no desproporcionado, conocido y aceptado por la paciente mediante la firma del consentimiento informado. La producción de un daño que se deriva de un riesgo cuya concreción no depende de la actuación médica, sino de la (...) constituye un riesgo inherente a la intervención que asume la paciente al firmar el consentimiento".

Sobre el daño desproporcionado, alegado también por la reclamante, de acuerdo con los informes médicos evacuados durante el procedimiento (no se ha aportado prueba en contrario por la reclamante) las complicaciones que se materializaron en la paciente tras la intervención son riesgos típicos previstos e imprevisibles, que se pueden producir pese a una correcta técnica. En cuanto al daño desproporcionado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999), y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que la reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita, puesto que en el documento de consentimiento informado suscrito figuraban tales riesgos como complicaciones de la intervención.

Por último, tampoco se concreta la cuantía del daño reclamado por la interesada, lo que también conduce a la desestimación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos determinantes de la misma.

No obstante, V.E. resolverá.