



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 2 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.J.F.U. y continuada por sus herederos, por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 472/2016 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por M.J.F.U. y continuado por sus herederos en solicitud de una indemnización de 120.000 euros por las lesiones que, según alegó, le causó la asistencia sanitaria prestada por los cirujanos del Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN), dependiente del SCS.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC; la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. La reclamante falleció durante la tramitación del procedimiento iniciado por su reclamación. Sus hijos, acreditando debidamente su condición de herederos, se han personado en el procedimiento sosteniendo la pretensión indemnizatoria. Según los arts. 657, 659 y 661 del Código Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; y la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte. La interesada inicial reclamaba por un daño personal cuya producción atribuía a los facultativos del SCS; daño que constituye una lesión de su derecho a la protección de su salud. Éste es un derecho personalísimo que se extingue con su fallecimiento y por tanto no es transmisible. Pero la lesión de ese derecho genera un derecho de resarcimiento de contenido económico y por tanto transmisible, como resulta del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que al regular la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad patrimonial por daños confiere legitimación tanto al perjudicado como a sus herederos. Esta referencia expresa a los herederos tiene por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento y por tanto su transmisibilidad. No hay por consiguiente obstáculo legal a la legitimación activa *iure hereditatis* de los hijos de la reclamante, pretendiendo la satisfacción del derecho resarcitorio. Se trata de una sucesión procedimental determinada por la transmisión del derecho substantivo subyacente regulada en el art. 31.3 LRJAP-PAC en los siguientes términos:

«Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».

En definitiva, concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución final es competencia del Director del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

5. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada LPACAP, el presente procedimiento se rige por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-LPAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan.

Así, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose en particular el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño (art. 10.1 RPAPRP) y que está representado por el informe del Jefe de Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del HUGCDN.

También se solicitó informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, para que a la vista de la Historias Clínicas de la paciente, del escrito de reclamación y de los informes médicos emitidos, analizara la existencia o no de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada a la paciente y la lesión que se aduce.

Por parte del órgano instructor, en período probatorio se acordó admitir la documental propuesta por la reclamante, con el resultado que obra en las actuaciones, y la documental propuesta por la Administración.

Finalizada la instrucción del procedimiento se abrió el preceptivo trámite de vista del expediente y audiencia, lo cual se notificó a los herederos de la reclamante, que no presentaron alegaciones.

Se redactó por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la propuesta de resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación, que fue sometida a informe a la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). El 14 de diciembre de 2016 se emitió este informe que consideró la propuesta de resolución conforme a Derecho.

En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obstenen un Dictamen de fondo.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión, según el escrito de reclamación, es el siguiente:

La reclamante fue operada el 15 de abril de 2010 de reconstrucción mamaria derecha, practicándosele recambio de expansor por prótesis derecha y pexia en mama izquierda. La negligencia de los facultativos que la intervinieron le produjo los siguientes daños: Asimetría mamaria, carencia del complejo areola-pezones, mama izquierda con cicatriz vertical y con signos inflamatorios y exudados, trastorno depresivo reactivo, alteración de la sensibilidad, perjuicio estético importante.

2. De la Historia Clínica de la paciente resultan los siguientes antecedentes médicos:

Depresión reactiva desde el año 2003 y durante los años sucesivos hasta al menos 2007, síndrome ansioso-depresivo en tratamiento. Empeoramiento del estado del ánimo en 2006. Hipertensión arterial esencial. Sobrepeso.

Ingresó en el HUGCDN del 7 al 9 de julio de 2008 con el diagnóstico de neoplasia en la mama derecha. El 8 de julio de 2008 se le practicó tumorectomía y biopsia de ganglio centinela. En estudio anatomopatológico arrojó el resultado de carcinoma lobulillar infiltrante de 1,2 cm con carcinoma lobulillar in situ multifocal que afectaba a los márgenes y con ampliación, por lo que el 29 de julio reingresó en el mismo Hospital para mastectomía simple derecha, la cual se realizó el 30 de julio de 2008 se realiza mastectomía simple derecha. Como el estudio de extensión fue negativo para metástasis a distancia, no recibió radioterapia, sino hormonoterapia. Con vistas a la reconstrucción de la mama extirpada en octubre de 2009 se le introdujo un expansor submuscular de 300 cc.

Con 64 años de edad ingresó durante el periodo del 15 al 17 de abril de 2010 en el HUGCDN, para recambio del expansor por prótesis definitiva en mama derecha y pexia en mama izquierda (La pexia es un procedimiento quirúrgico para corregir la caída o ptosis del seno). A la exploración física presentaba en la mama derecha una cicatriz horizontal y piel de buena calidad; expansor con 600 cc. de suero fisiológico; y exceso cutáneo en el borde lateral de la cicatriz. En la mama izquierda tamaño pequeño-moderado; ptótica; buena calidad de piel. El 15 de abril de 2010, se sustituyó el expansor por prótesis definitiva de 400 cc. en mama derecha, extirpación de exceso cutáneo con cola de mama derecha y pexia tipo Lejour en mama izquierda. La vía de acceso fue la cicatriz quirúrgica de la mastectomía previa.

3. En el documento que recoge el consentimiento informado de la paciente a la operación de reconstrucción de la mama se describen como riesgos iatrogénicos típicos de la operación de reconstrucción mamaria los siguientes:

«Sangrado-hematoma. Es posible, aunque raro, que se presente un episodio de hemorragia durante o después de la cirugía (...). “Infección La infección después de la cirugía es rara. Si ocurre una infección, puede ser necesario tratamiento adicional, incluyendo antibióticos o cirugía”. “Cicatrización. Cualquier cirugía deja cicatrices, algunas más visibles que otras. Aunque se espera una buena curación de la herida después del procedimiento quirúrgico. Pueden darse cicatrices anormales tanto en la piel como en los tejidos profundos. Las cicatrices pueden ser inestéticas hipertróficas, queloides o de color diferente al de la piel circundante. Puede necesitarse tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal”.

“Seroma: Los acúmulos de líquido entre la piel y la pared abdominal, cuando ocurre, pueden requerir drenaje de fluido”. “Omblico: Puede ocurrir malposición, cicatriz excesiva, apariencia inestética o pérdida del ombligo”. “Dolor: Es mas o menos intenso”. “Asimetría: Siempre existirá una asimetría entre la mama normal y la operada”. “Lesión de estructuras profundas. Tales como nervios, vasos sanguíneos y músculos, pueden ser dañados durante el curso de la cirugía. La posibilidad de que esto ocurra varía según la región del cuerpo donde se realice la cirugía. La lesión de estructuras profundas puede ser temporal o permanente”. “Resultado estético deficiente (...)” ».

También se señala que en el caso de prótesis con expansor puede surgir fibrosis capsular, exposición o extrucción de la prótesis, calcificaciones, exudado de gel de silicona, rotura de la prótesis y pliegues en la piel.

Se expresa que, además, pueden aparecer complicaciones pulmonares y reacciones alérgicas.

El documento concluye advirtiendo:

«Si ocurren complicaciones, puede ser necesaria, la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados a la reconstrucción mamaria. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones, pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta, y aunque se esperan resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse».

4. Como la paciente no estaba satisfecha con los resultados de la reconstrucción mamaria solicitó una segunda opinión, por lo que fue valorada el 3 de junio de 2010 por un facultativo del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, del SCS, que en el examen de la paciente constató que la mama derecha, la reconstruida era de menor tamaño que la izquierda y más alta y que carecía del complejo areola-pezones; mientras que la mama izquierda presentaba una cicatriz vertical resultante de pexia, con signos inflamatorios y exudado. La segunda opinión fue emitida el 11 de junio de 2010 por los cirujanos plásticos que consideraron que la paciente era subsidiaria de colocación de prótesis mama derecha de mayor tamaño y reconstrucción del complejo areola-pezones con mejoría estética.

5. La Jefa de Sección del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, a petición del Servicio de Inspección y Prestaciones, informó que la indicación quirúrgica de reconstrucción mamaria fue correcta porque la paciente no había sido radiada y podía ser portadora de expansor.

6. El informe de la médico-inspectora del Servicio de Inspección y Prestaciones sienta las siguientes conclusiones:

«La reclamante manifiesta su desacuerdo con el resultado de la intervención de reconstrucción de mama derecha de fecha 15 de abril de 2010 mediante recambio de expansor por prótesis derecha y pexia en mama izquierda. En concreto: "asimetría mamaria, ausencia de complejo areola-pezones, mama izquierda con cicatriz vertical con signos inflamatorios y exudados, trastorno depresivo reactivo, alteración de la sensibilidad, perjuicio estético importante".

Con anterioridad a la intervención objeto de la reclamación, partimos de la situación de mastectomía derecha con su respectiva cicatriz y de mama izquierda relativamente pequeña y ptótica (caída). La cirugía de reconstrucción mama derecha y pexia de izquierda, como se ha informado, ha conseguido mejora del estado inicial siendo aún mejorable y ofreciéndose para tal fin a la usuaria alternativas que rechazó.

Además, los aspectos en los que se fundamenta la disconformidad con el resultado de la intervención de fecha 15 de abril de 2010 no van más allá de los riesgos descritos en

Documento Consentimiento Informado inherentes a la intervención y al estado previo de la reclamante.

Entre estos riesgos se describe sangrado-hematoma, infección, cicatrización, seroma, ombligo, dolor, asimetría, lesión de estructuras profundas, resultado estético deficiente. En el caso de prótesis con expansor fibrosis capsular, exposición o extrucción de la prótesis, calcificaciones, exudado de gel de silicona, rotura de la prótesis y pliegues en la piel. Se añaden complicaciones pulmonares, reacciones alérgicas y necesidad de cirugía adicional en caso de complicaciones.

En el informe aportado por el Jefe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de Gran Canaria Dr. Negrín se expresa "El tratamiento quirúrgico del cáncer de mama conlleva en muchas ocasiones la realización de una mastectomía o amputación de la mama afecta. Como consecuencia de ello se produce una asimetría evidente con grave repercusión estética y sus consiguientes trastornos emocionales acompañantes. Negamos por tanto que seamos los causantes de los daños que la paciente refiere: la asimetría mamaria, la ausencia del complejo areola-pezón, la alteración de la sensibilidad, el perjuicio estético importante y los trastornos depresivos-reactivos son resultados obligatorios de la mastectomía".

En relación al perjuicio estético también se pronuncia el servicio consultado en segunda opinión "mucho menor que si presentara una mastectomía sin reconstrucción".

La pérdida de sensibilidad es inherente a la intervención así como la ausencia del complejo areola pezón incluido en la pieza quirúrgica extirpada durante la mastectomía. Nos informa el Jefe de Servicio que este último se reconstruye en último lugar cuando la mama neoformada tiene su posición y formada definida. En caso contrario podríamos malposicionar el complejo. No se realiza su reconstrucción en el Servicio "nunca inicialmente".

Cualquier intervención quirúrgica deja cicatrices. E incluso pueden darse cicatrices anormales. Las cicatrices pueden ser inestéticas, hipertróficas, queloides o de color diferente al de la piel circundante.

Por otra parte, los signos inflamatorios y exudado iniciales desaparecieron, y el padecimiento de trastorno depresivo reactivo es anterior en la reclamante al momento de la intervención. De este modo, se describe en la Historia Clínica depresión reactiva desde el año 2003 recibiendo tratamiento hasta incluso en el momento del ingreso correspondiente a la intervención que nos ocupa.

También se incluye en el DCI la necesidad de nuevas intervenciones a la vista de las posibles complicaciones recogidas en ese Documento. Añade el Jefe de Servicio de Cirugía Plástica del Centro donde se realizó la intervención, que el proceso de reconstrucción incluye generalmente varias intervenciones en cada paciente "tres en el mejor de los casos". Esta

circunstancia fue explicada a la paciente durante la primera consulta y se incluye en el referido DCI.

En este sentido tanto el servicio consultado como el propio servicio que intervino a la reclamante ofrecieron nuevas vías quirúrgica de mejora, rechazadas por la propia paciente, tanto la colocación de prótesis de mayor tamaño como la realización de colgajo miocutáneo.

En informe de fecha 16 de junio de 2011 del Jefe de Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín consta que "La predisposición de la reclamante es absolutamente negativa y que desiste de momento de cualquier intervención".

El rechazo a la intervención reparadora por la reclamante quedó manifestado no sólo ante el Servicio de Cirugía Plástica sino con posterioridad en el año 2012 al rechazar, bajo los motivos expuestos en el apartado antecedentes, la propuesta de la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria de intervención en el Hospital (...).

En cuanto a la técnica, la reconstrucción mediante expansor y prótesis fue correcta ya que la paciente no había recibido tratamiento con radioterapia y podía ser portadora de expansor.

En la reconstrucción mamaria usualmente se reconstruye la mama y la pared torácica y se corrige la mama opuesta mediante mamoplastia de reducción o mastopexia, para conseguir una mejor simetría y posicionamiento del complejo areola-pezones.

Se añade que en la selección del método interviene las expectativas de la paciente, el estado de la mama opuesta y la asimetría mamarias.

Nos informa el J de Servicio de C. Plástica que "La indicación inicial de paciente no irradiadas pasa por la inclusión submuscular de un expansor y su posterior recambio tras el proceso de hinchado. (...) la reconstrucción con tejidos propios abdominales están en esta paciente, contraindicados por las características de su abdomen".

Se selecciona un expansor de tejidos que tenga una base más ancha que la futura mama. El expansor se coloca debajo del músculo pectoral mayor y la válvula de llenado se coloca lateralmente debajo del tejido subcutáneo axilar. Después de que el expansor de tejidos haya sido sobreinflado y desinflado se reemplaza por un implante mamario permanente.

El recambio de expansor por prótesis, informa el Jefe de Servicio de C. Plástica, generalmente se efectúa con un cubicaje menor, para dar mayor naturalidad a la mama reconstruida.

Además informa "El expansor es mucho más compacto, ejerce mayor presión sobre la piel subyacente y se le hincha más de lo necesario para conseguir el efecto llamado sobreexpansión, beneficioso tras el recambio por prótesis menor, al estar menos tensa la mama neoformada. La prótesis puede aparecer adecuada en quirófano y verse afectada posteriormente por la acción muscular"».

7. En definitiva, la intervención de reconstrucción de la mama derecha extirpada fue correctamente indicada dados los beneficios para la paciente que había sufrido una mastectomía. La pexia de la mama izquierda era necesaria para conseguir la simetría. La técnica empleada de reconstrucción mediante expansor y prótesis fue correcta ya que la paciente no había recibido tratamiento con radioterapia y podía ser portadora de expansor. No hay ninguna prueba de que los facultativos hayan infringido la *lex artis ad hoc* en la intervención y que a consecuencia de ello hayan causado las lesiones por las que se reclama. La simetría mamaria es un resultado que no se puede conseguir muchas veces con la primera intervención, por lo que es necesaria una segunda intervención. La posibilidad que aparezca la asimetría mamaria es un riesgo iatrogénico de la operación que está recogido en el documento que recoge el consentimiento informado de la paciente a la operación. La carencia del complejo areola-pezones se explica porque éste se reconstruye en último lugar cuando la mama neoformada tiene su posición y forma definitivas, porque, en caso contrario, se podría situar incorrectamente esa estructura. La paciente rechazó las ofertas del SCS para ser intervenida por segunda vez a fin de corregir la asimetría mamaria y proceder a la reconstrucción del complejo areola-pezones. Respecto a las lesiones consistentes en la cicatriz vertical en la mama izquierda, el documento de consentimiento informado advierte que cualquier cirugía deja cicatrices y que estas pueden cursar con inflamación y exudados. Estas son lesiones iatrogénicas temporales que desaparecieron. La lesión alegada, consistente en la depresión, la padecía la paciente y estaba en tratamiento por ella con anterioridad a la intervención de reconstrucción mamaria. La alegada alteración de la sensibilidad es consecuencia de la mastectomía. Todas las lesiones que se han mencionado en primer lugar son de carácter iatrogénico y estaban recogidas en el documento de consentimiento informado. Las dos últimas no guardan relación con la intervención de reconstrucción mamaria.

III

1. Como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los Dictámenes de este Consejo Consultivo sobre reclamaciones de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que este servicio se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la

Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. La cirugía que fue practicada a la paciente, fue una cirugía reparadora, que junto con la estética constituye una rama de la Cirugía Plástica y que a diferencia de ésta, se considera también de medios porque persigue la corrección de defectos congénitos o adquiridos. Su fin es terapéutico, aunque también, por la naturaleza deformante de las patologías que aborda, también tenga una finalidad estética, aunque ésta queda absorbida por aquél y se inserta dentro del proceso de curación de una dolencia maligna padecida, en la que una vez superado el proceso patológico, se trata de paliar en la medida de lo posible las secuelas adversas derivadas de la misma. El funcionamiento del servicio público de salud consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados, también cuando presta la asistencia sanitaria consistente en cirugía reparadora.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la Salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y

se hallen a su alcance. Si el daño se producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

Las razones que se acaban de exponer, y que se resumen en que no poseen la cualidad de daños antijurídicos aquellos causados por la propia naturaleza e inevitables por la ciencia médica y que por ende no son indemnizables conforme a los arts. 139.1 y 141.1 LRJAP-PAC, están acogidas por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad extracontractual de los servicios públicos de salud, jurisprudencia cuya síntesis se contiene en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 abril 2011 (RJ 2011\3643) donde se dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que "(...) es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de marzo de 2.007 (Rec. 7915/2003), 7 de marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de marzo de 2.005 (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso".

En la de 7 de julio del mismo año, dictada en el recurso de casación núm. 4776/2004, dijimos que "La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ2 º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. 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 [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ3 º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04, FJ. 3º)]. 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 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril) 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 Ley 30/1992); nada más y nada menos” .

O en la de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008, que “Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la “lex artis”. Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria” .

O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos” ».

Otra posterior Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la de 9 octubre 2012 (RJ 2012\10198) insiste en lo mismo con las siguientes palabras:

«Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso,

garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*.

En su reciente Sentencia de 11 abril 2014 (RJ 2014\2612) la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo torna a declarar:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.

Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria” (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)».

2. Se acaba de explicar que los posibles daños iatrogénicos de un tratamiento médico o derivados de la plasmación de sus riesgos conocidos no están causados por la asistencia sanitaria correcta. Respecto a ellos los arts. 4, 8 y 10 de la Ley 41/2002,

de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de 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. Si los facultativos no proceden así, ello constituiría una infracción de la *lex artis*; por lo que, si se produce un daño iatrogénico, estarían obligados a responder patrimonialmente por sus consecuencias.

De la documentación clínica resulta que no hay prueba ni indicio alguno de que los facultativos, que le realizaron a la paciente la operación de reconstrucción mamaria hayan incurrido en negligencia profesional. Las lesiones alegadas consistentes en la asimetría mamaria y la cicatriz vertical con signos inflamatorios y exudado, ambos transitorios, en la mama izquierda fueron la materialización de riesgos iatrogénicos cuya posibilidad de concreción la reclamante aceptó debidamente informada de su existencia.

El estado actual de los conocimientos médicos no puede garantizar al cien por cien que en la práctica de una operación de reconstrucción mamaria no se concreten esos riesgos iatrogénicos. El art. 141.1 LRJAP-PAC establece que no son indemnizables los daños que no se pueden evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia en el momento de producirse aquéllos.

3. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 LAP) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse del tratamiento, asumió también las consecuencias dañosas de la probable realización del riesgo que comportaba. El consentimiento informado del paciente hace recaer sobre él la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aun alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos perjudiciales secundarios. Por esta razón, esas lesiones no tienen el carácter de antijurídicas y, por ende, no es indemnizable según el art. 141.1 LRJAP-PAC.

En cuanto a la carencia del complejo areola-pezón su reconstrucción se realiza en una segunda intervención, la cual rechazó la paciente, intervención que también tenía como objetivo corregir las secuelas iatrogénicas de la primera.

Respecto a las lesiones alegadas de pérdida de sensibilidad y depresión, está demostrado que son anteriores a la intervención de reconstrucción mamaria y, por tanto, no son consecuencia de ésta.

C O N C L U S I Ó N

Carece de fundamento la pretensión resarcitoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada inicialmente por M.J.F.U. y continuada por sus herederos, y, por ello, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que se dirige a su desestimación.