

Dictamen Núm. 228/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Presidencia de 17 de agosto de 2021 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una incorrecta colocación de prótesis tras la práctica de una mastectomía bilateral.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de enero de 2021, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una incorrecta colocación de prótesis tras la práctica de una mastectomía bilateral. Señala a efectos de notificaciones el domicilio de una letrada “designada por el turno de oficio”.

Expone que “el día 6 de octubre de 2016” el cirujano plástico que identifica, perteneciente al Hospital “X”, “le realiza una mastectomía bilateral” y

le dejan "colocados unos expansores, pues los ganglios centinelas estaban limpios./ Hacía solo un mes que le habían hecho la revisión rutinaria y no habían visto nada (no hicieron la ecografía a continuación de la mamografía, como se suele hacer al ver algo sospechoso), siendo la reclamante la que llamó al servicio correspondiente, diciéndole que no se preocupara, que estaban mandando los informes `normales´ con un poco de retraso porque había mucha gente de vacaciones, y a los 10 minutos la llamaron diciéndole que fuera a consulta en ese momento".

Manifiesta "el desconcierto y desazón que resulta para una persona tener que firmar el consentimiento informado para mastectomía con reconstrucción teniendo que decidir sin tiempo alguno si es mejor quitar los 2 pechos o quieres `salvar´ la mitad de uno en función de la cantidad de tumores malignos que te han encontrado en los dos".

Señala que "a lo largo de (...) 2016, tras la intervención, tuvo bastante buena movilidad en los brazos" y que "tras las correspondientes consultas y revisiones posteriores, en el momento de colocar las prótesis, conversó con el doctor" que estas "fuesen acordes al pecho que tenía, una talla 85 aproximadamente./ Así, el 17 de octubre de 2017 se la interviene (...) a fin de cambiar los expansores por unas prótesis, las cuales resultaron ser demasiado anchas (...). Dada de alta el 21 de octubre de 2017 a las 11:49, tuvo que volver al Servicio de Urgencias ese mismo día a las 23:35, ya que presentaba hemorragias en el drenaje derecho (...). El 13 de noviembre de 2017 acudió nuevamente al Servicio de Urgencias una vez le quitaron los puntos, por salirle dos prominencias en la parte superior e inferior de la cicatriz de la mama derecha que resultaron ser dos cabos de sutura en polo superior e inferior".

Explica que "en los meses siguientes (finales de 2017), a raíz de tener colocadas las prótesis, empezó a tener dolores en ambos brazos ocasionados por tendinitis y contracturas, así como fallos en la fuerza de agarre en las manos al estirar los brazos", motivo por el que la médica de Atención Primaria la remitió a fisioterapia "10 días (...), que no fueron ni suficientes ni efectivos, remitiéndola el día 22 de marzo de 2018 a Traumatología y C. Ortopédica al Hospital `Y´".

Indica que el 25 de abril de 2018 acudió a consulta en dicho hospital "por dolor en ambos hombros", realizándosele una ecografía el día 15 de mayo de 2018, a la vista de la cual el 23 de ese mismo mes se solicita "técnica radiológica para infiltración guiada: ecografía-infiltración, petición que fue denegada alegando como motivo del dolor de las articulaciones de los brazos la descompensación por cirugía de mama". Señala que estando "pendiente el tratamiento de rehabilitación" y una "consulta con el cirujano plástico para recolocar la prótesis derecha, que estaba descentrada y la mitad de ella le ocupa la axila entera, con el correspondiente bloqueo de músculos y tendones", el 14 de noviembre de 2018 el doctor "le comenta que no va a cambiar las dos prótesis por otras más estrechas, sino únicamente centrar la prótesis derecha".

Incide en que en esas circunstancias "no podía trabajar con ninguno de los 2 brazos", explicando las necesidades de su trabajo, y reseña que en espera de una "futura intervención pidió segundas opiniones médicas a otros dos cirujanos plásticos, que coincidieron" en señalar que las prótesis "son muy grandes para su complejión". Añade que "el 25 de junio de 2019, fecha de esa tercera intervención y ya en el quirófano (...), se decidió" aplazar la misma y "cambiar las prótesis por otras apropiadas a su complejión"; cambio de prótesis bilateral que se llevó a cabo el día 13 de febrero de 2020, a pesar de lo cual "sigue sufriendo complicaciones. En la actualidad presenta unas mamas sin conjunto telo-areolar, con unas prótesis que en los cuadrantes inferiores tienen muy poca cobertura y están encapsuladas en el seno de unas mamas dinámicas, de forma que al contraerse el pectoral mayor las prótesis ascienden y se lateralizan pareciendo pliegues y arrugas cutáneas en toda la mitad inferior (...), lo cual se puede observar en las fotografías". Precisa que ello hace que "tenga la vida limitada y el trabajo, aguantando dolores por presión en los bordes de las prótesis". Añade que "habiendo realizado revisión en junio de 2020 se advierte nuevamente que las prótesis se encuentran mal colocadas, situación que persiste en la actualidad, disponiendo de nueva revisión en junio próximo".

Refiere haber consultado "la posibilidad de mejoría" dándosele dos opciones: una revisión quirúrgica en dos tiempos o el cambio a tipo de

reconstrucción con tejido propio; "intervenciones que, en su caso, ascenderían a un presupuesto aproximado de unos 30.000 euros", y aclara que esta mejoría no es "por tema estético sino por los padecimientos que la falta de realización en adecuadas condiciones de la colocación de las prótesis le han provocado".

Concluye que se ha producido una lesión debida a que las prótesis "no son acordes a su tamaño de pecho y se produjeron hemorragias el mismo día en que fue dada de alta médica, con problemas en los puntos de sutura y fuertes dolores en ambos brazos en los meses siguientes, con tendinitis y contracturas, fallos de agarre", concurriendo una relación de causa a efecto entre la asistencia sanitaria prestada y la situación clínica de la paciente.

Fija el *quantum* indemnizatorio en doscientos cincuenta y cinco mil doscientos euros (255.200 €), que desglosa en los siguientes conceptos: "presupuesto aproximado para la realización de las mejorías", 30.000 €; "días de baja médica para la (...) reconstrucción necesaria", 7.500 €; "días de baja médica desde la fecha de la operación del cambio de los expansores por las prótesis", 37.700 €; "pérdida de la actividad laboral durante los últimos 4 años e ingresos dejados de percibir", 160.000 €, y daños morales, 20.000 €.

Acompaña, entre otra documentación, diversos informes clínicos, diferentes fotografías, informe de vida laboral, "cuenta de pérdidas y ganancias" y certificación de la Directora Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de Asturias de la prestación que percibe.

2. Mediante oficio de 23 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. El día 11 de marzo de 2021, la Instructora Patrimonial requiere a la reclamante para que acredite la representación de la letrada actuante al haberse

aportado únicamente la designación efectuada por el Colegio de Abogados de Oviedo para el desempeño de las funciones de asistencia jurídica gratuita contempladas en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

4. Con fecha 23 de marzo de 2021, se incorpora al expediente una declaración en comparecencia personal suscrita por una funcionaria de la Consejería de Salud y por la reclamante el 29 de enero de 2021, en la que esta declara que la letrada actuante posee capacidad de representación suficiente en el presente asunto.

5. Mediante oficio de 16 de abril de 2021, la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un CD que contiene una copia de la historia clínica de la paciente y el informe emitido por el Servicio de Cirugía Plástica.

En la historia clínica constan los distintos documentos de consentimiento informado. En el firmado por la paciente el 28 de septiembre de 2016 esta da su consentimiento para la "reconstrucción mamaria bilateral con expansores mamarios", y se le explica que la cirugía "consiste en la creación de un bulto que se parece a una mama mediante varias intervenciones. En la primera (...) se coloca debajo de la piel o del músculo una prótesis expansora (...). En la segunda (...) se cambia el expansor por la prótesis definitiva y en la tercera (...) se reconstruye la areola y el pezón (...). La anestesia es general. Puede necesitar transfusión sanguínea./ Durante la intervención pueden producirse situaciones particulares que necesiten procedimientos diferentes o añadidos a los programados". Como riesgos típicos se recogen, entre otras complicaciones, hemorragia, infección, alteración de la sensibilidad, cicatrices cutáneas, necrosis cutáneas, dehiscencias de suturas, mal resultado para la paciente, dolor residual o asimetrías. En el suscrito el día 16 de marzo de 2017 da su consentimiento para el "recambio (de) expansor por prótesis bilateral". El documento de consentimiento informado para la cirugía plástica de la mama en régimen ambulatorio signado el 14 de noviembre de 2018 describe la técnica a emplear.

Finalmente, el rubricado para la reconstrucción mamaria y/o asimetrías con prótesis mamarias el 25 de junio de 2019 contiene la mención manuscrita de diversos riesgos personalizados, incluyendo molestias al movilizar brazos.

El Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "X" comienza aclarando que la indicación oncológica de mastectomía, así como las pruebas, controles, etc., dependen de la Unidad de Patología Mamaria del Servicio de Cirugía General, siendo esta la que solicita la consulta al Servicio "para hacer, si procede, una reconstrucción inmediata de la mama", y precisa que ambas mastectomías fueron efectuadas por las doctoras que menciona y no por el cirujano señalado en la reclamación, exponiendo la idoneidad de las prótesis empleadas.

Respecto a los síntomas dolorosos en ambos brazos, señala que "no pueden ser atribuidos exclusivamente al hecho de tener colocadas unas prótesis mamarias demasiado anchas", pues se trataba de una paciente que había sido atendida en los Servicios de Traumatología y de Rehabilitación del Hospital "X" y del Hospital "Y" tiempo atrás, concretando que "venía padeciendo años antes de la mastectomía y reconstrucción problemas de patología musculoesquelética de ambos hombros", remitiéndose a informes clínicos del año 2009.

Explica que fue valorada por su cirujano en enero y en noviembre de 2018, fecha en la que se aprecia que el implante derecho se encuentra migrado a axila, por lo que "se programa para recolocar implante derecho. Se incluyó (...) en lista de espera quirúrgica para modificar el bolsillo del implante derecho (...). Se explicó (...) la intervención quirúrgica propuesta, sus pros y sus contras, así como las potenciales complicaciones, posibles secuelas y expectativas realistas del resultado. La paciente aceptó la intervención quirúrgica. Se le entregó el consentimiento informado que (...) firmó./ El 25-06-2019 se suspendió la intervención quirúrgica programada previamente de mutuo acuerdo (...) ante el hallazgo de una discrepancia entre la intervención propuesta y aceptada y los deseos de la paciente. Se halló (...) una negativa por parte de la paciente a realizar la intervención quirúrgica propuesta (...). Un expreso y firme deseo (...) de cambiar los implantes previos a toda costa por otros (...) más estrechos a pesar de (...) la idoneidad del tamaño de los (...) colocados previamente según el

criterio médico (...). Se le explicó (...) que el recambio de dichos implantes por otros más estrechos sin ningún gesto quirúrgico añadido no iba a prevenir un nuevo desplazamiento (...) hacia la axila. En ese sentido, se explicó la necesidad de abordar otros aspectos causantes del desplazamiento lateral de los mismos - laxitud de partes blandas periprotésicas de causa multifactorial por la expansión tisular, por la edad (...) o la existencia de una posible hiperactividad del músculo pectoral mayor-. Dichos aspectos ya se abordaron al realizar el recambio de los implantes mamarios en fecha 18-10-2017, realizando cierres de la parte lateral del bolsillo protésico en ambas mamas, apertura del lado medial de los mismos con miotomías del músculo pectoral mayor a ese nivel y cierre de la parte inferior del bolsillo protésico derecho./ A partir de aquí la paciente solicita cambio de médico en el servicio. Lo cual es concedido sin poner ningún problema./ El 29-10-19 es vista y valorada por el nuevo especialista”, que aprecia “a la exploración (...) prótesis lateralizadas, sobre todo la del lado dcho. que tiene un defecto de relleno en parte interna. Refiere exceso cutáneo lateral en ambos lados que es lo que más le molesta. Explico que en la cirugía se colocarán unas prótesis más estrechas y bajas y con algo más de proyección. Habrá que hacer capsulotomía medial en los 2 lados para liberar bien las inserciones del pectoral, sobre todo en el lado dcho. Necesitará también capsulorrafia lateral. No doy garantías de conseguir mejorar el exceso cutáneo lateral con el recambio de las prótesis ni de mejorar la movilidad de los brazos. Puede necesitar retoques posteriores en otra cirugía./ La nueva intervención se realiza el 13-02-20 (...). Tras esta cirugía es revisada en consultas externas”, anotándose por el especialista que la revisa “prótesis con buen aspecto”.

Con referencia a la posibilidad de mejoría, menciona que, “dado el estiramiento de su piel y grasa probablemente producido al despegar los tejidos de debajo de las axilas para introducir las primeras prótesis demasiado anchas y migrada la derecha a la axila”, es preciso aclarar que “el abordaje para realizar el recambio de las prótesis expansoras por las prótesis de gel de silicona fue a través de la propia cicatriz de mastectomía, situada en la mama y no a través de los tejidos de la axila (...). El estiramiento de su piel y grasa obedece en gran

medida, como ya se ha señalado (...), al adelgazamiento tisular producido por la expansión”.

6. Con fecha 18 de junio de 2021, emiten informe pericial a instancia de la compañía aseguradora de la Administración dos especialistas, una de ellas en Cirugía Plástica, Estética y Reparadora y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo, además de máster en Peritaje Médico. En él se concluye que la actuación de todos los profesionales intervinientes “ha sido correcta y ajustada a las *lex artis ad hoc*, sin existir ningún daño imputable” a la misma “ni pérdida de oportunidad diagnóstica ni terapéutica”.

Señalan que la paciente presentaba un carcinoma ductal infiltrante de mama bilateral, siendo correcta la indicación de mastectomía bilateral, de lo que es informada. Precisan que “se le realizó una mastectomía bilateral incluyendo el complejo areola-pezón en ambas mamas con una reconstrucción inmediata, implantando unos expansores de 400 cc con disección de bolsillo submuscular completo; es decir, la técnica habitualmente realizada en la reconstrucción mamaria tras mastectomía conservadora de piel”, que “muy habitualmente requiere de varios tiempos quirúrgicos”. Explica que “a los 8 meses se practica bajo anestesia general y cumpliendo con todos los requisitos sanitarios el recambio de los expansores por prótesis Allergan de 320 cc de alto perfil. De nuevo la intervención no presenta ninguna complicación reseñable”.

Afirma que “el recambio de los expansores por prótesis es absolutamente correcto, tanto en tiempo como en indicación. Las prótesis implantadas son acordes en forma y volumen para los expansores que se explantaban”.

Aclara que “la reconstrucción de mama no es una intervención de cirugía estética” y “tiene limitaciones por la falta de tejidos extirpados con la tumoración (...). Se trata de una cirugía de reconstrucción”, reseñando que “el resultado (...) entra dentro de los que se obtienen en este tipo de cirugía, en que dependiendo de los tejidos restantes tras la cirugía oncológica y de la calidad de los mismos pueden ser más o menos satisfactorios, aunque la praxis se ajuste perfectamente a los cánones”.

7. Mediante oficio notificado a la interesada el 8 de julio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

8. El día 29 de julio de 2021, la letrada de la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con la afirmación contenida en el informe pericial aportado por la Administración de que la actuación haya sido correcta y conforme a la *lex artis* médica, indicando que “ninguna intervención estética se pretende, sino que lo interesado por la reclamante es a efectos de paliar los padecimientos y dolores que a consecuencia de la deficiente colocación de las prótesis padece y que cada vez van degenerando más”.

Añade que el 16 de julio de 2021 se le ha reconocido a la reclamante un grado de discapacidad “del 33 % por pérdida total de un órgano por N. de mama (de etiología tumoral), limitación funcional de columna por osteoartrosis localizada (de etiología degenerativa) y limitación funcional en ambos (miembros superiores) por tendinopatía (de etiología degenerativa), el cual se retrotrae a su concesión desde la fecha de la solicitud”, efectuada el día 27 de agosto de 2018.

Aporta fotografías y copia de la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad.

9. Con fecha 3 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que la asistencia prestada ha sido adecuada a las *lex artis*.

Expone que consta “el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de mama bilateral, indicándose la extirpación quirúrgica con mastectomía bilateral, incluyendo el complejo areola-pezones en ambas mamas, con reconstrucción inmediata, implantando expansores según técnica habitual de reconstrucción mamaria tras mastectomía conservadora de la piel./ Transcurridos ocho meses

(...) se realizó el cambio de los expansores por prótesis. El citado recambio ha sido indicado correctamente y las prótesis implantadas adecuadas en forma y volumen para los expansores explantados. La reconstrucción mamaria por cirugía oncológica tiene limitaciones estéticas y técnicas” debido a la “extirpación previa de los tejidos”.

Señala que “el resultado obtenido es acorde con las distintas series para este tipo de cirugía”, y añade, respecto a las “limitaciones a la movilidad de los hombros y secuelas dolorosas”, que “aun obviando el cierto grado de alteración funcional (inherente a la reconstrucción mamaria) de la musculatura torácica bajo la que se albergan las prótesis, consta en la historia clínica que la interesada padece una enfermedad traumatológica (...) que justifica el dolor y la incapacidad funcional”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de agosto de 2021, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 28 de enero de 2021 y, si bien la paciente fue operada para la colocación de prótesis mamarias el 17 de octubre de 2017, reposicionándose el 13 de febrero de 2020, es en junio de 2020 cuando se constata que están mal colocadas, fijándose una revisión al año. Por lo tanto, no estando aún determinado el alcance de las secuelas, es claro que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. 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”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una incorrecta intervención reparadora tras la práctica de una mastectomía bilateral.

Acreditada la efectividad de ciertos daños, hemos de reparar en que la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que la paciente no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 171/2021), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la

atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*, entendiendo por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores, tales como el previo estado del paciente o de la organización sanitaria en que se desarrolla, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Pese a interesar a quien reclama la prueba de las alegaciones que sostiene, la perjudicada no ha desarrollado en vía administrativa actividad probatoria alguna en relación con la supuesta mala praxis asistencial, limitándose a aportar los informes clínicos del hospital y su personal interpretación de los hechos. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio acerca de la posible existencia de una infracción de la *lex artis* y de su relación causal

con los daños que se alegan sobre la base de la documentación que obra en el expediente.

La reclamante basa sus pretensiones resarcitorias en la suposición de que las dolencias que presenta tras ser intervenida quirúrgicamente traen su causa de una mala praxis, que vincula a la implantación de unas prótesis mamarias de un tamaño inadecuado, por excesivo, en atención a su complejidad.

Planteada en estos términos la reclamación, procede abordar las distintas cuestiones a las que se hace referencia.

Llama la atención que la perjudicada comience formulando diversas quejas sobre el proceso asistencial, mencionando que "hacía solo un mes que le habían hecho la revisión rutinaria y no habían visto nada (no hicieron la ecografía a continuación de la mamografía, como se suele hacer al ver algo sospechoso), siendo la reclamante la que llamó al servicio correspondiente", y poniendo de relieve "el desconcierto y desazón que resulta para una persona tener que firmar el consentimiento informado para mastectomía con reconstrucción, teniendo que decidir sin tiempo alguno si es mejor quitar los 2 pechos o quieres `salvar` la mitad de uno en función de la cantidad de tumores malignos que te han encontrado en los dos".

A pesar de los términos en los que se inicia la reclamación, no se concreta en ella ningún reproche sobre la práctica de la mastectomía bilateral, cuya idoneidad ha quedado constatada en el expediente objeto de análisis, dado que la interesada presentaba un carcinoma ductal infiltrante de mama bilateral e hipertrofia lobulillar, al menos, en la mama derecha. Por tanto, no existen dudas en cuanto a la correcta indicación de la mastectomía bilateral, que se practica incluyendo el complejo areola-pezones en ambas mamas.

En atención a las circunstancias concurrentes, se llevó a cabo una reconstrucción inmediata implantando unos expansores con disección de bolsillo submuscular completo, que es la técnica habitualmente empleada en estos casos.

En el documento de consentimiento informado para la reconstrucción mamaria o asimetrías con prótesis mamarias, que la paciente firma en varias

ocasiones, se explica en qué consiste la intervención y que necesariamente se realiza en varios tiempos quirúrgicos. Concretamente, señala que “consiste en la creación de un bulto que se parece a una mama mediante varias intervenciones. En la primera (...) se coloca debajo de la piel o del músculo una prótesis expansora” y en la segunda “se cambia el expansor por la prótesis definitiva”, en tanto que en la tercera “se reconstruye la aureola y el pezón”. Como riesgos típicos se recogen, entre otras complicaciones, hemorragia, infección, alteración de la sensibilidad, cicatrices cutáneas, necrosis cutáneas, dehiscencias de suturas, mal resultado para la paciente, dolor residual o asimetrías.

Afirma la reclamante que tras la intervención tenía buena movilidad en ambos brazos, y que “en el momento de colocar las prótesis conversó con el doctor que (...) fuesen acordes al pecho que tenía”, a pesar de lo cual se le colocan unas “demasiado anchas”, de manera que “a raíz de tener colocadas las prótesis empezó a tener dolores en ambos brazos ocasionados por tendinitis y contracturas, así como fallos en la fuerza de agarre en las manos al estirar los brazos”, señalando que se detecta un desplazamiento de la prótesis derecha, lo que requiere una nueva operación, decidiéndose una vez en el quirófano “aplazar la intervención y cambiar las prótesis por otras apropiadas a su complexión”. Tras el cambio de ambas prótesis se aprecia nuevamente que “se encuentran mal colocadas”.

Concluye que “presenta unas mamas sin conjunto telo-areolar, con unas prótesis que en los cuadrantes inferiores tienen muy poca cobertura y están encapsuladas en el seno de unas mamas dinámicas, de forma que al contraerse el pectoral mayor las prótesis ascienden y se lateralizan, pareciendo pliegues y arrugas cutáneas en toda la mitad inferior”.

A la luz de tales aseveraciones conviene aclarar que nos encontramos ante una paciente oncológica que se somete a una intervención cuya finalidad es el abordaje del cáncer, en la que se retira gran cantidad de tejido con la única finalidad de extirpar la tumoración de forma segura. Solamente en una segunda fase y sin finalidad curativa, atendiendo a los tejidos restantes, se plantea si es posible una reconstrucción, lo que requiere de diversas intervenciones

quirúrgicas no exentas de riesgos, conocidos por la paciente, y cuyos resultados no se corresponden con los propios de una operación de cirugía estética de pecho cuando se actúa sobre una mama. Consta además en el expediente que la paciente ya había sido atendida en los Servicios de Traumatología y de Rehabilitación del Hospital "X" y del Hospital "Y" tiempo atrás por una patología musculoesquelética de ambos hombros.

En este contexto clínico, respecto a los daños resultantes de una supuesta mala praxis, la paciente asocia equivocadamente lo que no son sino consecuencias del tratamiento del cáncer con las que se refieren únicamente a la reconstrucción mamaria. Así, menciona la ausencia de conjunto telo-areolar, lo que es consecuencia directa de la extirpación de ambos pechos por indicación oncológica, debiendo tenerse en cuenta que la conservación del pezón es oncológicamente menos segura en el cáncer de mama y en la cirugía de la mama de alto riesgo.

La reclamante refiere igualmente que la piel de la zona está muy adelgazada, lo que obedece a que se le extirparon ambas glándulas mamarias completas para tratar su cáncer bilateral, sin que en modo alguno se pueda relacionar con un error en la selección o colocación de las prótesis mamarias.

Del mismo modo, la mención a la formación de pliegues en la piel debe ligarse a la propia extirpación de las mamas sin que pueda evidenciarse singularmente como un resultado dañoso injustificado.

El Servicio actuante aclara de manera detallada en su informe que "la poca cobertura es debida al adelgazamiento de los tejidos producidos por la expansión cutánea, afectando principalmente al grosor de la dermis, del tejido muscular y en mayor medida al tejido graso, que puede perder hasta el 50 % del grosor. Otros factores como la edad o el morfotipo de la paciente también pueden influir", así como que "la contractura capsular sintomática del implante (encapsulamiento) es una complicación descrita" y que "siempre se forma tejido cicatrizal alrededor del implante". Añade que "la deformidad por animación es una complicación conocida de la colocación de implantes mamarios submusculares y es el resultado de la contracción del músculo pectoral mayor

con el resultante movimiento del implante. La prevalencia y la importancia clínica sigue sin estar clara, aunque la incidencia de algunos casos puede llegar hasta el 77,5 % cuando los implantes se colocan en la posición subpectoral (...). El tratamiento óptimo de esta deformidad se debate a menudo y no está estandarizado". Además, menciona que "los pliegues y arrugas en los implantes mamarios pueden darse. Pueden existir pliegues en el implante visibles y palpables. Esto puede ser más pronunciado en pacientes con tejido mamario delgado".

A la vista de estas explicaciones, en el análisis de la mala praxis alegada y examinada la documentación obrante en el expediente, queda constancia de que en un primer momento se colocan unas prótesis de 322 gramos y 14,5 centímetros en el lado derecho y de 321 gramos y 14 centímetros en el lado izquierdo. Al realizar el segundo tiempo quirúrgico se colocan unos implantes de gel cohesivo de silicona de 12,5 centímetros de ancho y 320 gramos de peso. Es decir, de anchura ligeramente menor que las piezas de mastectomía (para compensar el grosor de la envoltura de partes blandas del implante) y de un peso muy ajustado al de las piezas de mastectomía.

Cabe destacar que las "prótesis expansoras" eran más anchas y altas que las de gel de silicona colocadas posteriormente y se extendieron hasta 340 ml de solución salina, por lo que su peso, contando la cubierta del implante, era mayor que las prótesis posteriores de 320 gramos.

Tales datos contradicen que ciertas limitaciones de movilidad de los miembros superiores se asocien con el tamaño de las prótesis colocadas, si bien su volumen tampoco justificaría el desplazamiento, dado que este se produce posteriormente, una vez colocadas unas prótesis más pequeñas, tal y como se concluye en el informe del Servicio interviniente, en el que se refleja que "el aspecto fundamental del tratamiento no" es el "tamaño de los implantes sino la laxitud de las partes blandas, y el desplazamiento lateral de las prótesis en el seno de una posible animación mamaria quedó patente en el hecho de que habiéndose colocado unos implantes 1 cm más estrechos en revisiones

posteriores en consultas externas (...) se objetivó un nuevo desplazamiento de los mismos -última revisión (...) C. Plástica 22-06-2020-”.

A la luz de los datos clínicos que figuran en el expediente, puede concluirse que en el proceso asistencial se siguieron las técnicas habituales y los protocolos aplicables, constando la adecuación de las prótesis empleadas. Sin base alguna, la reclamante pretende sustentar sus conclusiones en que “pidió segundas opiniones médicas a otros dos cirujanos plásticos, que coincidieron” en señalar que las prótesis “son muy grandes para su complexión”, sin aportar un informe médico o pericial que permita tener tal afirmación por válida. En su narración de los hechos indica que, encontrándose a la espera de una operación cuya finalidad era centrar la prótesis derecha, y “ya en el quirófano (...), se decidió aplazar la intervención y cambiar las prótesis por otras apropiadas a su complexión”; experiencia sobre la que arroja luz la descripción aportada por el informe del Servicio de Cirugía Plástica, en el que se aclara que la cirugía no se llevó a cabo dada la “discrepancia entre la intervención propuesta y aceptada y los deseos de la paciente”, quien manifestó su negativa a someterse a aquella y “un expreso y firme deseo (...) de cambiar los implantes previos a toda costa por otros (...) más estrechos”, en contra del criterio médico que le fue expuesto, conforme al cual los implantes colocados en primer término son idóneos en el caso concreto. Afirmación que ninguno de los hechos posteriores a la colocación de aquellos permite desvirtuar.

Acreditada, por tanto, la procedencia de la técnica empleada y la idoneidad del tamaño de las prótesis mamarias colocadas, solo resta mencionar que los datos obrantes en la historia clínica de la paciente -sin olvidar lo anteriormente reseñado sobre la diferencia de tamaño de los expansores frente a las prótesis- permiten afirmar que la paciente está aquejada de una patología traumatológica no directamente relacionada con la reconstrucción desde mucho antes de practicarse esta.

En conclusión, no se objetiva negligencia alguna, siendo la actuación del personal sanitario conforme a la *lex artis ad hoc*, según se desprende de los informes obrantes en el expediente, que en ningún momento han sido

desvirtuados por la reclamante. La falta del resultado deseado en la reconstrucción mamaria y las molestias que padece la reclamante no pueden imputarse causalmente a la asistencia sanitaria dispensada, en la que no se objetiva mala praxis.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.