CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente y Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de diciembre de 2011, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 23 de noviembre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de una mamografía que le fue practicada en el Centro de Atención Primaria* "*hhhh1" de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de noviembre de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.479/2011, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 12 de marzo de 2010 tiene entrada en el registro de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxx2 una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxxx, de 50 años de edad, debido a los daños sufridos a consecuencia de la realización de una mamografía.

En su escrito expone que "El día 6 de noviembre de 2007, como consecuencia de una defectuosa atención médica y tras realizar una mamografía, (...) presentó dolor intenso y tumefacción importante con hematoma en mama derecha, como consecuencia de sufrir una contusión al realizar la prueba por parte del médico especialista".

Adjunta a su reclamación copias del informe de la asistencia médica recibida en el Hospital hhhh2 de xxxx1 dos días después de realizarse la mamografía, de la factura del quiromasajista que asciende a 125,00 euros; del informe de alta forense de lesiones de 10 de junio de 2008 y del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de xxxx1 de 11 de julio de 2009, por el que se acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones contra el médico especialista del Centro de Salud "hhhh1" que atendió a la interesada, sin perjuicio de las acciones civiles que le puedan corresponder.

Reclama como indemnización la cantidad total de 2.325,44 euros, de los cuales 325,44 corresponden a los días de curación y 2.000,00 a daños morales.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica de la paciente, informe de la técnico superior en imagen para el diagnóstico de la Unidad de Mamografía Fija de 16 de abril de 2010, informe de la Inspección Médica de 31 de mayo de 2010 e informe médico pericial de 11 de octubre de 2010 emitido a instancia de la compañía sssss. Este último informe concluye que "La correcta realización de la mamografía lleva implícita la compresión de las mamas en sus dos proyecciones".

»La aparición del hematoma con su correspondiente tumefacción es un hecho accidental que no implica mala *praxis"*.

Tercero.- Obra asimismo escrito del Servicio de Inspección de 29 de octubre de 2010, en el que se comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, la interesada presenta el 4 de enero de 2011 escrito de alegaciones en el que se ratifica en lo expuesto en su escrito inicial.

Quinto.- El 26 de septiembre la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 24 de octubre de 2011 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se formula la reclamación (12 de marzo de 2010) hasta que se formula la propuesta de orden (24 de octubre de 2011). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 12 de marzo de 2010, es decir, antes de transcurrir un año desde que adquirió firmeza el Auto de Sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de xxxx1 de 11 de julio de 2009, que se notificó a la interesada el día 20 de julio.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho

criterio, que están, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "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, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto la interesada fundamenta su reclamación en una deficiente asistencia sanitaria puesto que, a las 48 horas de realizar una mamografía, presenta dolor intenso y una tumefacción con hematoma en mama derecha.

Según el informe de alta forense de 10 de junio de 2008, las lesiones que presenta la paciente de contusión de mama derecha mastodinia aparecen como producidas el 6 de noviembre de 2007, fecha en la que se realiza la mamografía, y describe los hechos como "Complicaciones de la atención médica y quirúrgica. Incidentes ocurridos al paciente durante la atención médica y quirúrgica". Señala además que el mecanismo causal fue un accidente casual que precisó una única asistencia sin actuaciones facultativas necesarias posteriores.

La reclamante, que está incluida en el programa de detección precoz de cáncer de mama, acude el día 6 de noviembre de 2007 a la Unidad Mamográfica Fija del Centro de Atención Primaria hhhh1, donde se le practica una mamografía.

El informe de la técnico superior en imagen para el diagnóstico de la Unidad de Mamografía Fija de 16 de abril de 2010 indica que tal procedimiento obliga a la compresión de la mama a fin de que ésta adopte la posición correcta y pueda ofrecer una mejor lectura radiológica, por lo que a mayor compresión corresponde una mayor calidad de imagen y una menor radiación a la paciente.

Continúa el citado informe: "no siendo necesario un consentimiento informado por escrito, al no tratarse de una actividad invasiva o de intervención quirúrgica, sí se informa a las pacientes de la molestia de la prueba y de las posibles leves consecuencias que, sobre todo en forma de molestias, pueden notarse en los siguientes días".

No existen protocolos de consentimiento informado para la realización de una mamografía. El artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia y documentación clínica dispone: "El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Para la interpretación de las normas resultan de aplicación los criterios del artículo 3.1 del Código Civil, que establece: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Por lo tanto, de acuerdo con estos criterios, a la hora de interpretar el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la premisa general es que el consentimiento sea verbal y sólo en los casos específicos que señala el mismo artículo se preste por escrito. Así pues, para la realización de una mamografía, si se tiene en cuenta que el riesgo que puede presentarse es mínimo, no es preciso que tal consentimiento se preste por escrito, puesto que los formularios y firma de un documento ante la realización de una práctica sanitaria sólo es exigible en los casos establecidos en la ley donde hay probabilidades de riesgos mayores, ya que la exigencia de firma de un documento en los casos en los que la práctica sanitaria pueda conllevar el más

pequeño riesgo supondría infundir temores a los usuarios ante la más mínima asistencia sanitaria, así como una excesiva burocratización de ésta.

En los supuestos de consentimiento no prestado por escrito se produce una inversión de la carga de la prueba de modo que no es la Administración quien tiene que acreditar que los pacientes reciben una información adecuada sobre la práctica sanitaria a la que van a ser sometidos.

En el presente caso, la paciente no manifiesta que no recibiera información en relación con la práctica de la mamografía y las consecuencias de ésta, por lo que procede analizar los informes obrantes en el expediente sobre la asistencia prestada, ya que de ellos podría derivarse si hubo una adecuada información acerca de las consecuencias padecidas, y si las sufridas por la interesada (tumefacción y hematomas en mama derecha), son frecuentes y normales tras realizar una mamografía.

El informe médico de 11 de octubre de 2010 emitido a instancia de la Compañía sssss señala en sus conclusiones:

"1. la mamografía estaba indicada dentro un programa de detección precoz de cáncer de mama.

»2. La correcta realización de la mamografía lleva implícita la compresión de las mamas en sus dos proyecciones.

»3. La compresión produce inevitablemente dolor.

»4. La aparición del hematoma con su correspondiente tumefacción es un hecho accidental que no implica mala praxis.

»5. La vivencia del dolor, intensidad y duración está influenciada por factores personales".

Asimismo el informe emitido por la técnico superior en imagen para el Diagnóstico de la Unidad de Mamografía Fija de 16 de abril de 2010 indica: "(...) en esta Unidad se realizan alrededor de 6.000 mamografías al año, siendo ésta la primera ocasión en que se produce algún tipo de queja y que la propia

Sra. (…) ha vuelto a ser observada en la misma Unidad el 9 de octubre de 2009, sin haber realizado reclamación de ningún tipo".

Por lo tanto, si la técnica utilizada fue correcta, el resultado derivado de su práctica no puede considerarse antijurídico, lo que exime desde este punto de vista a la Administración de responsabilidad.

Sin embargo, estos informes contienen aspectos generales sobre la práctica de la mamografía y las consecuencias derivadas de su realización, en su mayor medida molestias, sin concretar en qué puedan consistir éstas, puesto que en ningún caso se refieren a hematomas o tumefacción, lo que supera las molestias normales que pueden sufrirse en este tipo de pruebas. Del mismo modo estos informes no se centran en determinar si la mamografía practicada a la paciente se realizó conforme a los protocolos establecidos, esto es una colocación adecuada de las mamas y un correcto funcionamiento del mamógrafo. El contenido de los citados informes no desvirtúa el contenido del informe de alta forense de lesiones de 10 de junio de 2008, informe que ha sido emitido teniendo en cuenta los documentos aportados en el procedimiento, la información de la paciente y la exploración que se realiza a ésta. En este informe se señala como fecha de producción del hematoma y tumefacción el 6 de noviembre de 2007 y la fecha de alta es el 10 de junio de 2008, lo que supone una duración prolongada de los citados daños que exceden, como ya se ha manifestado, de las molestias normales derivadas de la realización de una mamografía. El citado informe ha sido elaborado por un perito en la materia nombrado por el juez, y a quien se le presupone objetividad e imparcialidad.

El artículo 355 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone:

"1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

»2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará

con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber perito".

Del mismo modo se pronuncia el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882: "El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos".

En el presente caso tiene lugar una inversión de la carga de la prueba, según la cual corresponde a la Administración acreditar que la mamografía se practicó correctamente, puesto que el informe de alta forense señala que los incidentes ocurrieron a la paciente durante la atención médica.

En este sentido cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006: "No puede perderse de vista al respecto, que lo que excluye la antijuridicidad del daño, como título de imputación de responsabilidad a la Administración, no es la falta de prueba de una aplicación incorrecta de la técnica utilizada sino la acreditación y certeza de que dicha actuación sanitaria ha sido correcta y ajustada a la *lex artis*, como tiene declarado esta Sala en numerosas sentencias, por todas la de 14 de octubre de 2002, según la cual, 'en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto'.

»En consecuencia, dado que no se parte de la acreditación y certeza de que la utilización del fórceps, que en definitiva dio lugar el resultado lesivo, se produjo de manera correcta y ajustada a la *lex artis*, no resulta adecuada a Derecho la conclusión a que llega el Tribunal a quo de exclusión de la antijuridicidad del daño como título de imputación de la responsabilidad a la Administración, que exige, según la jurisprudencia, la prueba y justificación de que la actuación médica fue conforme con el método y técnica aplicables, que en este supuesto no se ha dado. A tal efecto, que en casos como el que nos ocupa la carga de la prueba recae sobre la Administración demandada resulta de las sentencias del Tribunal Constitucional 22/91 de 28 de noviembre y 7/94 de 17 de enero, al señalar que 'cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en litigio la obligación de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad', doctrina que se ha trasladado a la jurisdicción ordinaria en el sentido de que la obligación de probar debe conjugarse con el principio de facilidad de probar y esa facilidad es obvia que en el caso que nos ocupa lo tiene la Administración Sanitaria".

Por todo lo expuesto la reclamación efectuada por la interesada debe estimarse, puesto que la Administración no ha logrado acreditar que la mamografía practicada se realizara correctamente; y más cuando el informe emitido por un perito judicial determina que las lesiones sufridas por la paciente se derivan de la realización de la mamografía practicada el 6 de noviembre de 2007.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, en relación con las lesiones sufridas por la interesada debe tenerse en cuenta el informe forense, que concreta que para su curación se necesitaron 12 días no impeditivos. Para su valoración puede acudirse a los criterios recogidos en el baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; este es el criterio seguido por la interesada en su reclamación, al fijar su indemnización en 325,44 euros.

En relación con los daños morales la jurisprudencia exige que cuando concurran y se soliciten, deben valorarse de forma suficientemente motivada y justificada, sobre la base de las pruebas en las que se funde la existencia

misma del daño moral; y, aunque la existencia del daño moral pueda no admitir o exigir prueba, sí lo admiten y debe exigirse la prueba de los hechos y circunstancias en que se basa la existencia del daño moral. En este sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo 10 de diciembre de 2002 y de 16 de enero de 2003. En el presente caso no procede su indemnización, puesto que no se han probado.

Por lo tanto este Consejo Consultivo muestra su conformidad con la indemnización de 325,44 euros, sin perjuicio de que su importe deba actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes citada.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de de 325,44 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de una mamografía que le fue practicada en el Centro de Atención Primaria “hhhh1” de xxxx1.

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