



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y
Ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de febrero de 2021, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 475/2020

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 22 de diciembre de 2020 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. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxx1.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 28 de diciembre de 2020, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 475/2020, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de este, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Herrera Campo.

Primero.- El 21 de noviembre de 2017 Dña. yyyy, de 50 años de edad en el momento de los hechos, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos (fallo en el neuroestimulador para control de esfínteres que tiene implantado) por la realización de una RMN en el Hospital hhh1 de xxx1 el día 8 de noviembre de 2017, para completar el estudio del cáncer



de mama que le fue diagnosticado el 19 de octubre del mismo año, y someterse más tarde a una intervención quirúrgica.

En dicho escrito expone que es una paciente que sufre una situación especial, por estar afectada de una tetraplejia con secuelas que van más allá de la falta de movilidad que se percibe a la vista (una situación de la que informa a todos los departamentos que la van citando para el preoperatorio y posterior intervención quirúrgica), y que por esa causa lleva, entre otros implantes, unos electrodos (sistemas SARS) para el control de esfínteres. Que tras la realización de la RMN y al regresar a su domicilio e iniciar su rutina de micción, comprueba que los electrodos fallan, y al día siguiente confirma que no funcionan, teniendo que empezar a realizar sondajes intermitentes para poder vaciar la vejiga y no crear retenciones urinarias. Y que actualmente continúa con el postoperatorio, manteniendo los cateterismos intermitentes y buscando nuevas soluciones para la evacuación intestinal, a la espera de solucionar el problema generado. La implantación del sistema SARS tuvo lugar el año 1991 en el Instituto hhh2 de Barcelona, ahora en xxx2, donde acude para las revisiones de la lesión medular, y donde va a tener que desplazarse para solucionar el fallo de los electrodos. Solicita dicha reparación y las acciones correctoras pertinentes.

El 5 de enero de 2018 Dña. yyyy presenta nuevo escrito de reclamación en el que, además de lo anterior, solicita indemnización por los daños derivados de la intervención quirúrgica a la que fue sometida el 14 de noviembre de 2017 en el Hospital hhh1 de xxx1, y en la que no se le extirpó el tumor de mama que le había sido diagnosticado.

En el citado escrito expone que tras la intervención quirúrgica es citada los días 1, 12 y 21 de diciembre, respectivamente, con oncología médica, con la oncóloga radioterápica y con ginecología. En la primera de las citas, la oncóloga médica le informa que el resultado de la anatomía patológica no está todavía y por lo tanto no se le puede indicar el tratamiento a seguir, salvo que por los datos obrantes en el expediente médico, entiende, de momento, que con tratamiento de radioterapia y hormonas será suficiente, y le cita nuevamente para consulta el día 15 de diciembre.

En la segunda cita, la oncóloga radioterápica le informa de que los resultados del análisis patológico han sido negativos en la localización de células cancerígenas, por lo que entiende que pueden suceder dos cosas ante un tumor



tan pequeño: o bien que ha podido ser sacado con la extracción de la biopsia, o bien el tumor sigue dentro y por lo tanto se propone la realización de una mastectomía completa, para su eliminación segura. Ese mismo día 12 de diciembre de 2017, el radiólogo, que en primer lugar se extraña de la situación de la cicatriz, muy lateral con respecto al posicionamiento del tumor, le realiza una ecografía en la que se constata que el tumor sigue en su sitio y no ha sido extirpado en la cirugía realizada, por lo que propondrá a la Comisión de Mama la realización de una nueva cirugía conservadora.

La oncóloga médica anula la cita concertada para el día 15 y le comunica que en la citada Comisión han decidido realizarle una mastectomía debido a la negativa de la oncóloga radioterápica a poder darle sesiones de radio, y que contactarán con ella para indicarle la programación de la operación, o lo harán en la próxima cita del 21 de diciembre con Ginecología. La oncóloga médica no entiende la negativa para el tratamiento con radioterapia, por lo que tras hablar con la oncóloga radioterápica, le dan cita el 28 de diciembre para realizar una simulación en el plano inclinado de la máquina de radioterapia. Ese mismo día la oncóloga médica le cita para que tras la simulación transmita su decisión sobre la cirugía a practicar: conservadora con radio para el día 16 de enero de 2018 o mastectomía completa sin radio. En la cita con la oncóloga radioterápica le pone de manifiesto que el día anterior, 27 de diciembre, se ha realizado una prueba de simulación en el Hospital hhh3, donde no han visto ningún impedimento para realizar tratamiento de radio. La oncóloga radiológica le explica que su negativa para dar sesiones de radio no se debe a una imposibilidad sino al problema añadido de ser tetrapléjica. Una vez constatado que la tetraplejía no impide la aplicación de radio, la oncóloga médica realiza los trámites para una cirugía conservadora el 16 de enero, que se puede realizar de manera ambulatoria. Se le cita para consulta con el cirujano el 8 de enero.

Manifiesta que ha solicitado una segunda opinión en el Hospital hhh4 de Madrid, al haber perdido la confianza en el equipo médico, en primer lugar por el problema del control de esfínteres y en segundo lugar por no extirpar el tumor después de realizarse las pruebas necesarias para su localización y de la práctica de una intervención quirúrgica. Se le realiza la intervención quirúrgica en el hospital privado el 9 de enero de 2018.

Fundamenta su reclamación en que el tiempo en este tipo de enfermedad es de vital importancia y en que todas las actuaciones realizadas en el servicio



público de salud no han conseguido extirpar el tumor, ni se ha adelantado ninguna de las citas previstas tras la intervención errónea para solucionar la negligencia médica realizada.

Reclama los gastos derivados de la intervención quirúrgica a la que fue sometida en el hospital privado, además de los ya reclamados correspondientes a la reposición de los electrodos para el control de esfínteres, sin concretar en este momento la cantidad solicitada como indemnización.

Adjunta a su reclamación copias de los informes de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital hhh1 de xxx1.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica de la paciente, informes del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital hhh1 de xxx1, de fechas 15 de febrero y 4 de septiembre de 2018; informes del especialista del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 de xxx1, de fechas 10 de enero y 7 de septiembre de 2018; e informe de la Inspección Médica de 19 de abril de 2018 en el que se concluye que la asistencia sanitaria prestada a la paciente en el Hospital hhh1 de xxx1 es correcta y no se aprecia negligencia ni mala praxis en el proceso asistencial, por lo que se propone que no se acceda a las indemnizaciones solicitadas.

En relación con la reclamación sobre el fallo del neuroestimulador que tiene implantado la reclamante para control miccional, a consecuencia de la tetraplejía que sufre, en el informe de la Inspección Médica se indica que se trata de una complicación que, aun no siendo frecuente, no es posible evitar en su totalidad, de lo que la paciente ha sido informada con carácter previo a la realización de la RMN, dando su consentimiento por escrito.

En cuanto al reintegro de los gastos sanitarios por la intervención realizada en el Hospital hhh4 de Madrid, en el citado informe de la Inspección Médica se hace constar que "la reclamante acude, de 'motu proprio' y por su propia voluntad a un centro sanitario privado cuando tenía sendas citas en la sanidad pública el día 8 de enero de 2018 en la unidad de mama y el día 16 de enero de 2018, para intervención quirúrgica programada, esto es, rechaza la intervención en la sanidad pública, no siendo admisible el argumento esgrimido por la reclamante, de urgencia vital en el tratamiento, habida cuenta que el mismo, lo adelantó 7 días".



Tercero.- El 28 de noviembre de 2018 se notifica trámite de audiencia a la interesada, quien el 19 de diciembre presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación inicial y cuantifica la cantidad reclamada como indemnización en 23.539 euros, de los cuales 13.539 euros se corresponden con los gastos derivados de la intervención en el Hospital hhh4 de Madrid, de las intervenciones de reconocimiento y quirúrgica del Instituto hhh2 y del tratamiento psicológico al que se vio obligada a acudir, y 10.000 euros se corresponden con los daños morales sufridos por haberle indicado un tratamiento inadecuado.

Adjunta informes de la asistencia sanitaria recibida en el hospital privado y en el Instituto hhh2; el informe sobre el tratamiento psicológico recibido a consecuencia de los resultados de la asistencia sanitaria prestada por el servicio público de salud; y diversas facturas por los tratamientos médicos dispensados en la sanidad privada y por desplazamientos en avión y taxi a Barcelona y gastos de estancia.

Cuarto.- El 28 de enero de 2019 la Inspección Médica, a la vista de las alegaciones efectuadas por la interesada, emite nuevo informe en el que "estima que no es necesario realizar consideración alguna al respecto, manteniendo el criterio expuesto en su informe de fecha 19 de abril de 2018".

Quinto.- El 14 de marzo la interesada presenta un escrito para adjuntar informe pericial médico de 26 de febrero de 2019, emitido por especialista en valoración del daño personal, con arreglo al cual aumenta la indemnización solicitada hasta 89.489,00 euros. El citado informe considera que técnicamente debió realizarse a la paciente una mamografía en lugar de la RMN, sin que exista ninguna contraindicación para ello. Y que en todo caso el estudio de RMN debió practicarse con una serie de garantías valorando la presencia del implante y siguiendo el llamado protocolo de Liem-Van Dongen, que establece una serie de pasos: programar a 0 el voltaje del neuroestimulador, apagarlo, introducir al paciente en el túnel del equipo RMN lentamente, comenzar la exploración, mantener al paciente despierto y atento, preguntar al paciente de rato en rato si siente algo, suspender el proceso si el paciente siente algo anormal, y posteriormente reprogramar el neuroestimulador con los parámetros originales a la conclusión del estudio RMN.



El informe pericial destaca una serie de actuaciones médicas que califica de negativas o erróneas, que justificarían la pérdida de confianza de la paciente en los servicios del hospital público, su decisión de acudir a un centro privado y su reclamación de responsabilidad patrimonial. Entre esas actuaciones señala:

“Se descarta de forma anómala la realización de estudios mamográficos, que finalmente se hacen y que en los centros consultados no ponen ninguna dificultad en hacerlos.

»- Se realiza un estudio RNM sin tomar las medidas necesarias para evitar complicaciones o lesiones severas por la acción del campo magnético sobre el neuroestimulador implantado. Se insiste en que no ha habido una alteración en el dispositivo, lo que ha habido es una lesión en las raíces sacras (el dispositivo funciona perfectamente).

»- Se realiza una intervención quirúrgica, que no logra extirpar el tumor, quedando el mismo tumor en el mismo sitio y de las mismas características.

»- Se desaconseja la posibilidad de realizar un tratamiento de Radiología, por las condiciones “especiales” de la paciente, aunque en otros centros si que se puede realizar sin ninguna contraindicación para dicho tratamiento”.

Sexto.- El 22 de octubre el especialista en Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 emite un nuevo informe en el que aclara determinadas cuestiones planteadas en el informe pericial de parte y, en particular, señala que en cualquier caso, debido a la situación de la paciente, el patrón mamario de predominio fibroglandular, los hallazgos ecográficos y la sospecha de neoplasia, considera del todo acertada la indicación de realizar la RMN, la cual se programó de manera extraordinaria y urgente ante la gravedad de la situación y la reiterada insistencia de la paciente en realizarse la misma. Sobre las medidas preventivas para realizar RMN en pacientes con neuroestimulador (Protocolo de Liem-Van Dongen) señala que estas se realizan durante la fase previa a la realización de la exploración, siendo el propio paciente como principal conocedor de su situación el que contacta con el servicio técnico responsable del neuroestimulador para llevar a cabo dicho protocolo, acudiendo a realizarse la exploración con el neuroestimulador desactivado. Estas medidas deben llevarse a cabo los días previos a la exploración, no siendo el personal de radiología responsable de ellas



ni estando capacitado para su realización. La paciente firmó el consentimiento informado previo a la práctica de la prueba donde refiere la presencia del neuroestimulador sin especificar su estado activado o desactivado. El personal de radiología que atendió a la paciente tampoco fue informado verbalmente de que el neuroestimulador estuviera activado. Concluye señalando que: "En ningún momento durante la realización de la exploración fui consciente de que el neuroestimulador estaba activado ni de la omisión de las medidas preventivas necesarias previas a realizar la misma".

Séptimo.- El 4 de noviembre de 2019 se requiere a la reclamante la identificación del modelo de neuroestimulador (SARS), así como, dado el tiempo transcurrido, de la conveniencia de aportar un informe actualizado sobre su situación clínica, si dispone de él.

Octavo.- Mediante escrito presentado el 21 de noviembre la interesada identifica el modelo de neuroestimulador, e informa de que ha solicitado al jefe de Neurourología del Instituto hhh2 de xxx2 informe actualizado de su situación clínica, que aporta en escrito posterior presentado el 3 de diciembre de 2019.

Noveno.- El 30 de diciembre de 2019, a instancia de la Compañía Aseguradora ssss, se emite informe pericial por una doctora especialista en Radiodiagnóstico y Neurorradiología, que concluye que la *praxis* de realización de la resonancia magnética fue correcta, pues era necesaria para establecer un diagnóstico preciso previo a la realización de una cirugía, y en tanto no se podía predecir el fallo del neuroestimulador que portaba la paciente.

Décimo.- El 22 de junio de 2020 se concede trámite de audiencia de este informe pericial a la interesada, quien el 6 de julio presenta de alegaciones en las que se ratifica en lo manifestado en todos sus escritos anteriores.

Decimoprimer.- El 10 de noviembre se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público

Decimosegundo.- El 11 de diciembre de 2020 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.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presentan las reclamaciones (21 de noviembre de 2017 y 5 de enero de 2018) hasta que se formula la propuesta de orden (10 de noviembre de 2020). 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 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida LPAC. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde a la Consejera 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.

Las reclamaciones se han interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67.1 de la LPAC. Consta que se formularon el 21 de noviembre de 2017 y el 5 de enero de 2018, es decir, antes de transcurrir un año desde que se le realizó la RNM (8 de noviembre de 2017) y la intervención quirúrgica (14 de noviembre de 2017), actuaciones de las que derivan los daños objeto de la reclamación.

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 32 y siguientes de la LRJSP y al 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 la 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 aquel que pueda producirse.

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 solo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, solo 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 este 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 ella, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

A mayor abundamiento debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (recogida, entre otras, por la Sentencia de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo



Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que alude a las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 1 de febrero de 2008, y otras anteriores como las de 7 y 20 de marzo, 12 de julio y 10 de octubre 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 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 beneficiosa para el paciente".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la reclamante resulta o no ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que la misma alega que existió por parte del sistema público de salud una actuación negligente por la que se vio abocada a acudir a la medicina privada, incumbiendo la carga de la prueba de ello a la parte reclamante, conforme a las reglas generales de la misma.

En su primera reclamación manifiesta que se produjo un fallo en el neuroestimulador que portaba, a consecuencia de la RMN practicada el 8 de noviembre de 2017. Y en su segunda reclamación señala que en la intervención quirúrgica a la que fue sometida el 14 de noviembre siguiente no se le extirpó el tumor que se le había diagnosticado, por lo que tuvo que acudir a un hospital privado para someterse a una intervención de tan vital importancia.

Sobre la primera causa de responsabilidad que se plantea (fallo en el neuroestimulador debido a la RMN practicada), ante todo cabe señalar que son numerosos los informes aportados al expediente que justifican suficientemente la decisión médica de realizar esa RMN, exploración que tras diagnosticarse el cáncer el 19 de octubre de 2017 se considera necesaria para establecer un diagnóstico por imagen más preciso y previo a la realización de la cirugía.

A continuación debe verificarse si en el caso que nos ocupa se produjo una adecuada información de los riesgos derivados de la RMN en atención a la situación de la paciente. Consta en el expediente documento de consentimiento informado para resonancia magnética, aceptado y firmado por la paciente el 8 de noviembre de 2017, en el que, como recuerda el informe de la Inspección Médica, se destaca que "La RM emplea un campo magnético, por tanto: - La



presencia de ciertos tipos de implantes de metal, puede suponer un riesgo para el paciente". A ello debe añadirse la declaración al Servicio de Radiodiagnóstico, firmada en la misma fecha, que contiene una anotación manuscrita en la que se lee: "Lesión medular C6 (1987), Implante electrodos control esfínteres (1991)".

A los efectos que más tarde se dirán, llama poderosamente la atención que los documentos que acaban de referirse (el consentimiento informado y la declaración al Servicio) se formalizaron en la misma fecha, y puede suponerse que inmediatamente antes, de realizarse la propia resonancia magnética. Una intermediación que sin duda tiene que ver con la urgencia extraordinaria con la que la prueba fue programada, dada la grave patología de la que se trataba y la insistencia de la propia paciente, lo que pone de manifiesto la buena intención de la actuación médica. Pero que parece no facilitó que el consentimiento del paciente se hiciera con toda la información deseable, ni que la actuación clínica se produjera después de adoptarse todas las medidas preventivas necesarias.

A este respecto, en el informe emitido por el especialista del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 de xxx1 de 10 de enero de 2018 se hace constar:

»1- Como toda exploración radiológica, la resonancia magnética (RM) no está exenta de riesgos. La utilización de neuroestimuladores no supone una contraindicación absoluta para la realización de una exploración de RM, estando la práctica totalidad de neuroestimuladores incluidos en la categoría 'conditional 5' en las guías de la MRISafety.com, página de referencia en el ámbito de la radiología en lo que se refiere a medidas de seguridad para la realización de una resonancia magnética así como en la bibliografía al respecto.

»2- Se decidió realizar la exploración debido a la gravedad de la patología subyacente, carcinoma de mama ya diagnosticado mediante biopsia. Nuestra intención en todo momento fue establecer un diagnóstico por imagen lo más completo posible ante una patología de tal entidad. La realización de la exploración conllevaba algún riesgo que lamentablemente ha sucedido, pero en todo momento nuestra intención fue colaborar para la resolución del proceso. Una actitud más precavida podría haber ocasionado un retraso en la realización de la misma con consecuencias fatales.



»3- Previamente a la realización de la exploración, la paciente firmo el consentimiento informado como consta en su historia clínica, en el cual se informa sobre la posibilidad de efectos adversos asociados a las exploraciones radiológicas”.

El derecho a conocer toda la información disponible con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud se recoge en el artículo 4.1 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; información que, como regla general, se proporcionará verbalmente, dejando constancia en la historia clínica. Correlativamente, el artículo 8.2 establece que el consentimiento será verbal por regla general, debiendo prestarse por escrito, entre otros supuestos, en los de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores. Y el apartado 3 de este precepto indica que el consentimiento escrito del paciente tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

En el mismo sentido, el artículo 17 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, prevé que “La información, con el fin de ayudar a cada persona a tomar decisiones sobre su propia salud, será veraz, razonable y suficiente, estará referida al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y comprenderá la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención” (apartado 1); y que “Como regla general la información se proporcionará verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, siendo obligado entregarla en forma escrita en los supuestos exigidos por la normativa aplicable” (apartado 3).

El artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, preceptúa que, antes de recabar el consentimiento escrito del paciente, el facultativo le proporcionará la información básica siguiente: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones (en similares términos el artículo 34 de la Ley autonómica 8/2003, de 8 de abril, de derechos y obligaciones en relación con la salud).



En este sentido, cabe recordar la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007) según la cual, cuando se trata de medicina curativa “no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria. (...)”.

Como queda dicho, en el presente supuesto obra en la historia clínica el consentimiento informado para la realización de la RMN, debidamente firmado por la paciente y por el médico, en el que se indica que la RMN emplea un campo magnético, por lo que la presencia de ciertos tipos de implantes de metal puede suponer un riesgo para el paciente. No obstante en el documento del consentimiento no se concreta el riesgo de avería del neuroestimulador.

A este respecto, el informe emitido por el especialista del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 de xxx1 de 7 de septiembre de 2018 manifiesta:

»1- La avería del aparato de electroestimulación no es una ocurrencia segura al someterse a la resonancia.

»2- La paciente fue informada de la necesidad de la prueba, no siendo informada verbalmente del riesgo debido a la gravedad de la situación (sospecha de carcinoma) y a la reiterada insistencia por parte de la misma de realizarse la exploración.

»3- Las posibles complicaciones de los neuroestimuladores en la resonancia no vienen advertidas expresamente en el consentimiento informado al tratarse de una situación muy específica”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 contiene un repaso de la doctrina del consentimiento informado, pudiéndose obtener las siguientes conclusiones: “(1) el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, de suerte que el defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la ‘*lex artis*’ en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario; la falta del



consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad; (2) sin embargo, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Supuesto distinto al anterior es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la '*lex artis*', el paciente sufre una secuela previsible; en estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento, y ello aun cuando se trate de complicaciones propias de las intervenciones quirúrgicas no imputables a una actuación médica incorrecta, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la '*lex artis*' en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; (3) a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no solo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y (4) supuesto que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la intervención, no pueda imputarse al mal arte del facultativo, respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse solo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía".

Aplicando la doctrina sentada por la Sala del Tribunal Supremo, anteriormente referida, en relación con la posible responsabilidad de la Administración sanitaria ante la falta de información de determinados riesgos, hay que distinguir si estos son previsibles o no para determinar si existe o no una relación de causalidad. En el caso de actuaciones médicas conformes con la '*lex artis*' en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o de fuerza mayor se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la



precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; mientras que si los riesgos son previsibles y el paciente no ha sido informado debe responder la Administración si el resultado es lesivo.

En el presente caso se ha solicitado a la reclamante que indicara el modelo de sus neuroestimuladores, lo que hizo mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2019. Se trataba del sistema de vejiga NeuroControl Finetech-Brindley Bladder Finetech Medical/SARS, el modelo antiguo 1991 y el modelo actualizado 2013. Con esta información, se emitió informe pericial a instancia de la aseguradora ssss que señala que en las guías clínicas, en lo que se refiere a las medidas de seguridad para la realización de una RMN, la mayoría de los neuroestimuladores se encuentran incluidos en la categoría condicional 5 para un campo magnético de 1,5 Teslas, siendo esta categoría 5 la que hace referencia la compatibilidad del objeto con la RMN.

En relación ya con el caso concreto, el mismo informe establece que "Asumiendo que la resonancia se realizó con un equipo de 1,5 Teslas, a priori el neuroestimulador que portaba la paciente era compatible con la resonancia, por lo que no era predecible que el mismo dejara de funcionar. Si bien el hecho de que dejara de funcionar inmediatamente después de la prueba permite establecer la causalidad y determinar que el estimulador se vio afectado por el campo magnético, situación que ha sido descrita con frecuencia en la literatura".

El informe de la aseguradora de la Administración concluye que la *praxis* en la realización de la RMN fue correcta, en primer lugar porque era necesaria y en segundo lugar porque no se podía predecir el fallo del neuroestimulador que portaba la paciente, al existir compatibilidad entre ese aparato y la RMN de 1,5 Teslas. Pero establece, sin embargo, una evidente relación de causalidad entre la resonancia y el fallo del estimulador, que se vio afectado por el campo magnético de aquella, por lo que dejó de funcionar inmediatamente después de realizarse la prueba. Y además incurre en una importante contradicción al afirmar, por una parte que el fallo no era predecible dada la citada compatibilidad, pero reconoce, por otra parte, que la afectación del estimulador por el campo magnético propio de la resonancia es una "situación que ha sido descrita con frecuencia en la literatura".



De todo lo que antecede y, en particular, de los sucesivos informes del especialista en Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 de xxx1, la Administración consultante mantiene los siguientes argumentos: la resonancia magnética, como toda exploración radiológica, nunca está exenta de riesgos. Para su realización no es una contraindicación absoluta la utilización de neuroestimuladores, si bien requerirá determinadas medidas de seguridad. La literatura médica ha descrito con frecuencia la concreta afectación de ese tipo de implantes por el campo magnético de la resonancia. En el presente caso la paciente firmó, antes de llevarse a cabo la prueba, un consentimiento informado sobre la necesidad de la misma, que advertía con carácter general sobre la posibilidad de efectos adversos asociados a ella. Al no ser una ocurrencia segura, las complicaciones que la resonancia pudiera causar en los neuroestimuladores no se advertían expresamente en el consentimiento, por tratarse de una situación muy específica, sin que tampoco la paciente fuera informada verbalmente del riesgo.

Este Consejo, sin embargo, no puede compartir la conclusión de que en el presente caso se trata de un riesgo consistente en que no se podía predecir el fallo del neuroestimulador. No era una ocurrencia segura, pero sí posible y conocida, específica del tratamiento aplicado, directamente vinculada a la situación especial de la paciente y con consecuencias gravísimas para ella en su vida diaria. Por todo lo cual se considera que cabe hablar de una insuficiente información del riesgo en el consentimiento informado.

A mayor abundamiento, resulta plenamente esclarecedor el último de los informes del especialista en Radiodiagnóstico del Hospital hhh1 que obra en el expediente, emitido el 22 de octubre de 2019. En él se indica: "En nuestro centro las medidas preventivas para la realización de resonancia magnética en pacientes con neuroestimulador (Protocolo de Liem-Van Dongen) se realizan durante la fase previa a la realización de la exploración. El propio paciente como principal conocedor de su situación es el que contacta con el servicio técnico responsable del neuroestimulador para llevar a cabo dicho protocolo, acudiendo a realizarse la exploración con el neuroestimulador desactivado. (...) estas medidas deben llevarse a cabo los días previos a la realización de la exploración, no siendo el personal de radiología responsable de ellas ni estando capacitado para realizar las mismas. La paciente firmó el consentimiento informado previo a la práctica de la prueba donde refiere la presencia del neuroestimulador sin especificar su estado activado o desactivado. El personal de radiología que atendió a la paciente tampoco fue informado verbalmente (de ello)".



Este informe merece tres importantes consideraciones. La primera es que el Servicio de Radiodiagnóstico era plenamente consciente de la situación especial de la paciente y de la necesidad de adoptar una serie de medidas preventivas antes de hacer la resonancia a una paciente con neuroestimulador implantado. La segunda es que dichas medidas deben ser realizadas durante la fase previa y en los días anteriores a la exploración, lo que resulta imposible cuando el consentimiento informado y demás declaraciones y advertencias a la paciente se formalizan como en este caso solo momentos antes de la práctica de la prueba, por las razones que se señalaron más arriba. Y la tercera es que no parece correcto pretender que sea la paciente la que decida, supervise y advierta la realización de tales medidas preventivas, como si de una especie de consentimiento informado a la inversa se tratara. En este caso consta que la paciente comunicó su situación especial y que portaba el implante con carácter previo a la prueba, lo que contrasta con la limitada información que el Servicio clínico incluyó en el consentimiento, y la aparente pasividad sobre las medidas preventivas con la que se dispuso a realizar la exploración. Fiel reflejo de esto último es la frase con la que el especialista cierra su informe de 22 de octubre de 2019: "En ningún momento durante la realización de la exploración fui consciente de que el neuroestimulador estaba activado ni de la omisión de las medidas preventivas necesarias previas a realizar la misma".

Por todo lo cual, este Consejo Consultivo considera que en el presente supuesto y en relación con los daños sufridos tras la resonancia por la reclamante en el implante para el control de esfínteres que portaba, sí procede estimar la concurrencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, sin perjuicio de la buena intención acreditada en todo momento por los profesionales intervinientes, fundamentalmente por la formalización de un consentimiento insuficiente en su contenido y excesivamente inmediato a la resonancia, que impidió la realización y adecuado control de las medidas preventivas necesarias.

Dicha responsabilidad patrimonial, cuya cuantía indemnizatoria deberá concretarse en el oportuno expediente contradictorio, requerirá en todo caso la prueba del alcance real del daño, pues no ha quedado plenamente acreditado en el procedimiento si el campo magnético de la resonancia afectó a todo el neuroestimulador o solo a alguno de sus elementos: bobina, electrodos u otros, o incluso si solo dañó las terminales nerviosas de la paciente. Y también deberá atemperarse con otras circunstancias puestas de manifiesto a lo largo del mismo



procedimiento, como el estado real de la reclamante antes y después de realizarse la resonancia, como si tuvo o no oportunidad de aportar al Servicio algunas informaciones o instrucciones técnicas del Instituto hhh2 donde se le implantó el sistema SARS (lo que sí pudo hacer con carácter previo a la cirugía practicada, según consta en su historia clínica), o como cuál fue la influencia de la antigüedad del implante (1991) en el fallo producido, toda vez que en el informe del citado Instituto de 15 de mayo de 2018, obrante en el expediente, se señala: "A pesar de que este implante inerte, es relativamente inmune a los efectos del campo magnético que implica la RM, es probable que por su antigüedad, haya resultado dañado, tanto a nivel de bobinas receptoras, como de los electrodos".

6ª.- Acerca de la segunda cuestión que se plantea para solicitar la responsabilidad patrimonial (necesidad de acudir a un centro privado ante los errores y dudas del servicio público), la reclamante solicita un reintegro de los gastos derivados de la intervención quirúrgica a la que fue sometida en un hospital privado el 9 de enero de 2018 por no haberle sido extirpado el tumor en la cirugía llevada a cabo el día 14 de noviembre de 2017 en el Hospital hhh1 de xxx1, alegando que era una intervención de vital importancia.

Ello suscita la cuestión de distinguir entre los reembolsos de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud y los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dichos. Esta distinción surge de los preceptos del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, especialmente en su artículo 4.3 que dispone: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero".



La jurisprudencia ha entendido reiteradamente que el citado precepto únicamente faculta para exigir el reintegro de gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada cuando tal asistencia venga exigida por un proceso de urgencia vital inmediata en que no se hayan podido utilizar los servicios públicos oportunamente (supuesto que ha de interpretarse de manera estricta), de modo que se trate de un proceso morboso que entrañe un grave riesgo para la vida o integridad física del beneficiario, que dicho riesgo sea inmediato y extremado, y que, precisamente en razón de esa perentoriedad en la asistencia, no pueda demandarse esta de los servicios públicos por intensificarse el riesgo con la demora en acudir a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988).

Por otra parte, como ya señaló el Consejo de Estado (*a.e.*, Dictámenes 269/2001, de 8 de noviembre de 2001; y 3.122/2004, de 20 de enero de 2005), los supuestos de denegación injustificada de asistencia (así como los errores en el diagnóstico o en el tratamiento), antes encuadrados dentro del régimen de reintegro de gastos, deben ahora tramitarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sentencias de 11 de abril, 17 de octubre y 17 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid), que incluye también en estos procedimientos los supuestos de retraso injustificado en prestar la asistencia debida.

En el informe de la Inspección Médica se descarta la urgencia vital alegada por la paciente, pues, de acuerdo con los informes obrantes en el expediente, "(...) la reclamante acude, de 'motu proprio' y por su propia voluntad a un centro sanitario privado, cuando tenía sendas citas en la sanidad pública el día 8 de enero de 2018 en la unidad de mama y el día 16 de enero de 2018, para intervención quirúrgica programada, esto es, rechaza la intervención en la sanidad pública, no siendo admisible el argumento esgrimido por la reclamante, de urgencia vital en el tratamiento, habida cuenta que el mismo, lo adelantó 7 días. Este mismo razonamiento, en el sentido de no tratarse una urgencia vital de no existir una demora, que suponga un aumento inasumible del riesgo y utilizar medios distintos a los proporcionados por el sistema sanitario público, obligan a rechazar el reintegro de los gastos solicitados en esta reclamación, conforme a lo establecido en la normativa vigente, (...)".



A juicio de este Consejo Consultivo, no concurren en el supuesto sometido a dictamen los requisitos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión del reclamante.

El tiempo transcurrido entre la intervención quirúrgica en el hospital privado (9 de enero de 2018) y la cirugía programada en el público (16 de enero de 2018) era de 7 días, cuando además tenía consulta con Cirugía en el servicio público de salud el 8 de enero de 2018.

El hecho de acudir a la sanidad privada, actuación legítima, libre y hasta entendible, fue una decisión voluntaria de la reclamante pese a la alternativa terapéutica brindada por la sanidad pública, en la que tenía citas concertadas el 8 de enero de 2018 en la Unidad de Mama y el 16 de enero de ese mismo año para intervención quirúrgica programada, citas a las que no acudió.

Así pues, descartada la urgencia vital, encauzada la solicitud de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ha de examinarse la eventual concurrencia de esta responsabilidad, fundada en la circunstancia de que la asistencia sanitaria prestada por aquella (aunque no se trate de asistencia sanitaria de urgencia vital) haya dado lugar a un funcionamiento de los servicios que ocasione perjuicios que el administrado no tenga obligación de soportar.

En el informe del jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital hhh1 de 15 de febrero de 2018 se pone de manifiesto que "Tras revisar detenidamente la historia de esta paciente concluyo que se trata de una paciente pluripatológica compleja a la que se procedido correctamente en el proceso diagnóstico hasta la intervención quirúrgica, en la que sorprendentemente no se extrae el tumor a pesar de ser marcado con arpón y confirmada su exéresis en la radiografía de control solicitada, cosa excepcional pero no imposible en la cirugía de tumores pequeños. Su caso fue detenidamente estudiado y valorado por la complejidad de la paciente, aconsejándosele la práctica de mastectomía para evitar la radioterapia, consejo del que difiere la Unidad de Mama de otro hospital, cosa no infrecuente. No es que difieran radicalmente sino que hacen valoraciones distintas no contradictorias y en estos casos quien decide es el paciente.



»El tiempo transcurrido durante el proceso diagnóstico es el normal y se ajusta a los estándares de nuestro hospital. No siendo vital esta mínima demora para su enfermedad como manifiesta, (...)”.

En el final del informe se rechaza la calificación que hace la paciente de negligencia médica, pues se han puesto todos los medios para su diagnóstico y tratamiento, aunque no con éxito total, pero que se dan en la medicina.

En su informe de 4 de septiembre de 2018, sobre si el hecho de no hallar restos de tumor sino patología benigna es un riesgo posible de la tumorectomía guiada por arpón o un posible fallo o error en la técnica, manifiesta que “la no localización del tumor en la pieza quirúrgica es excepcional aunque no imposible en el caso de tumores pequeños. Por ello hay otras técnicas como la localización ecográfica moderna en algunos casos, el ROLL (que no disponemos en nuestro hospital)”.

En el citado informe se indica que la técnica habitual en la fecha de los hechos para la localización de tumores de mama, dado que la lesión que presentaba la paciente en mama derecha era difícilmente palpable, era mediante un arpón (actualmente se localizan con frecuencia mediante la ecografía) y manifiesta que: “Lamentablemente y de forma excepcional, no se halló tumor en la pieza extirpada, caso que yo no he vivido nunca y que hay que considerar como error o fallo de la técnica. No encuentro explicación para lo sucedido pues fui yo quien la intervino, y mi experiencia quirúrgica es ya muy dilatada”. Por lo demás se ratifica en el informe emitido con fecha 15 de febrero de 2018.

La relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, pues no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas. En el presente caso se han puesto todos los medios técnicos disponibles en aquel momento, si bien se reconoce que hubo un error o fallo de la técnica, lo que supuso que la paciente tuviera que someterse a una segunda intervención quirúrgica, pues en la primera no se extirpó el tumor, por lo que sí se ha producido una anomalía en el servicio sanitario que, si bien no cabe achacar al cirujano ni a otras personas concretas que intervienen en la actuación sanitaria -ni tampoco es exigible en el caso examinado debido al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial-, sí revela una actuación por debajo de los estándares razonables que marca el estado de la ciencia y de la técnica máxime cuando la propia Administración sanitaria no consigue dar explicación a lo



sucedido. En el informe del Hospital hhh4 de 20 de diciembre de 2017 en la ecografía mamaria realizada a la paciente se indica que: "En la unión de los cuadrantes superiores de la mama derecha se identifica un área hipoecoica espiculada de 29 x 11 mm, que coincide con la lesión sospechosa visualizada en la resonancia, esta lesión se encuentra aproximadamente a 3,4 cms anterior y medial al lecho quirúrgico", por lo que podría suponer una hipótesis de que en la primera intervención quirúrgica el arpón se hubiera desplazado o no se hubiera colocado correctamente.

Todas estas vicisitudes generaron una situación de angustia y ansiedad a la paciente, que en su caso ha ido acompañado de un trastorno por estrés postraumático como se acredita con el informe aportado, por lo que tuvo que recibir tratamiento psicológico. Se ha generado, pues, un daño moral a la reclamante que hay que indemnizar.

7ª.- En cuanto a la indemnización solicitada, en lo que respecta a los daños derivados del fallo en el neuroestimulador debido a la RMN practicada, se remite su valoración a expediente contradictorio en los términos expuestos en la consideración jurídica 5ª de este dictamen.

En relación con la segunda cuestión suscitada y analizada en la consideración jurídica 6ª del presente dictamen, como queda señalado, no cabe indemnizar a la reclamante por los gastos de la intervención quirúrgica realizada en el Hospital hhh4 de Madrid el día 9 de enero de 2018, ni consecuentemente por los gastos de estancia y desplazamiento, pues todos ellos se deben a una decisión libre y voluntaria de la paciente, ya que se había preparado y programado una cirugía de las mismas características, esto es cirugía conservadora, en el Hospital hhh1 de xxx1 el día 16 de enero de 2018.

Tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, teniendo esta carácter excepcional, lo que tiene que justificarse por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieron prestarse en instituciones de la Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos cualificados. Tampoco estamos ante un supuesto de urgencia vital ni desatención o denegación de asistencia por parte de los servicios sanitarios públicos, que actuaron siempre conforme a la prioridad de la patología



sufrida por la paciente, a la que hay que recordar le diagnosticaron el cáncer tan solo el 19 de octubre anterior.

No obstante, y en vista de los antecedentes de hecho que se expusieron al inicio, este Consejo considera, como se ha dicho que en el presente caso a la paciente le corresponde una indemnización por daño moral, debido al estado de angustia y ansiedad generado por tener que someterse a una segunda intervención quirúrgica, con los riesgos y padecimientos que ello supone, a consecuencia de que en la primera cirugía no llegó a extirpársele el tumor, por razones técnicas que no han podido explicarse adecuadamente.

En cuanto a la valoración del daño moral, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 declara que "Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6/julio/2010, (...) y que expresa que 'a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (SSTS de 20/julio/1996, 26/abril y 5/julio/1997 y 20/enero/1998, citadas por la de 18/octubre/2000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso'".

Por lo expuesto se considera que debe indemnizarse a la reclamante por el daño moral sufrido en una cuantía fija a tanto alzado de 5.000 euros, cantidad a la que habrá que añadir, además, el importe de los gastos que haya sufragado por el tratamiento psicológico que resulten acreditados en el expediente.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización total, esto es la correspondiente a los daños morales, a los gastos psicológicos y la que resulte del expediente contradictorio, deba actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.



III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos del presente dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxx1.

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