

Dictamen n^o: **226/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.04.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por mayoría, en su sesión de 18 de abril de 2012, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto de reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por P.M.R., por los daños y perjuicios que considera le fueron ocasionados por una mala asistencia sanitaria por la especialista en Urología del Centro de Especialidades “*Emigrantes*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 22 de febrero de 2012, con registro de entrada en este órgano el día 6 de marzo de 2012, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excma. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 18 de abril de 2012, por cinco votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sres. De la Oliva, Galera, Sabando y Bardisa, formulando el Sr. De la Oliva el voto particular que se recoge a continuación del dictamen y al que se adhieren los Sres. Galera y Sabando.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación que en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad el 23 de julio de 2007, la interesada anteriormente citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por la defectuosa, a su juicio, asistencia sanitaria prestada por la especialista del Servicio de Urología del Centro de Especialidades “*Emigrantes*”, donde fue remitida a principio del año 1996 desde su Centro de Salud “*Mar Báltico*” aquejada de fuertes dolores, malestar general e incontinencia urinaria. Según refiere la reclamante, en mayo de 1996 fue diagnosticada de una infección urinaria, pautándose tratamiento anticolinérgico. A pesar de ello, persistieron los dolores de vejiga y la incontinencia urinaria durante los años 1997, 1998, 1999 y 2000. La interesada alega que la doctora que le atendía, pese a la persistencia de los síntomas, no solicitó ninguna prueba más que análisis de sangre y orina. Como los dolores no solo continuaban sino que se agudizaban, la reclamante acudió el 17 de enero de 2001 al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal, donde permaneció en observación. Tras la realización de un estudio urodinámico, se le diagnosticó una tumoración vesical de 4,9 x 5,5 cm. sugestiva de neoplasia, acordándose su ingreso en el citado Hospital para realizar una intervención quirúrgica. La interesada alega que el carcinoma epidermoide que padece fue provocado, “*con toda probabilidad*” por la irritación crónica de la vejiga secundaria a las infecciones urinarias de repetición. Además, considera que la falta de prescripción de otras pruebas, más allá de los análisis de sangre y de orina pautados por la especialista, impidió un diagnóstico temprano y, por tanto, una pérdida de oportunidad porque el retraso en el diagnóstico produjo una afectación ganglionar, con peor pronóstico de su enfermedad. La reclamante alega como daños la pérdida de la vejiga, incontinencia urinaria permanente, portar bolsa artificial de orina, tumoración ganglionar, los días

de ingreso hospitalario y de incapacidad, tromboflebitis, secuelas estéticas y daños morales. La interesada manifiesta que, por estos hechos se tramitó un procedimiento penal contra la doctora especialista que le atendió en el Centro de Especialidades “*Emigrantes*”, que fue absuelta por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid de 26 de marzo de 2006, ratificada por la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2006, dictada en el rollo de apelación 200/2006 (folios 26 a 30).

La interesada no cuantificó inicialmente el importe de la indemnización solicitada y pide que la Administración incorpore al expediente los Autos del Juicio Oral nº 303/2004 tramitados por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid.

Con fecha 30 de octubre de 2007, la interesada presenta nuevamente su solicitud de responsabilidad patrimonial (folios 31 a 35).

Requerida por la Administración para que aporte testimonio o desglose de todos los documentos obrantes en los citados Autos, por escrito presentado el 29 de enero de 2008, la interesada presenta copia de las sentencias de 26 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid y 12 de julio de 2006, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, así como copia de diversos informes periciales emitidos en los Autos citados (folios 40 a 104).

Por escrito presentado el 29 de julio de 2009 en la oficina de registro del SERMAS, la interesada cuantifica el importe de su reclamación, atendiendo a los daños antes citados, en 78.348,43 euros (folios 299 y 300).

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo.

De la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid, de 21 de marzo de 2006 resultan los siguientes hechos probados:

«Valorando en conciencia la prueba practicada resulta probado y así se declara que a principios del año 1996 P.M.R., nacida el 4 de julio de 1932, acudió a la consulta de la acusada R.M.F., mayor de edad por cuanto nacida el 13 de septiembre de 1954 y sin antecedentes penales, en el Centro de Salud “Mar Báltico” de Madrid perteneciente al Instituto Nacional de la Salud -cuyas funciones y servicios fueron traspasados a la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de Real Decreto 1479/2001 de 27 de diciembre, y en concreto al Servicio Madrileño de la Salud- en su condición de médico especialista en urología, derivada de su médico de cabecera al presentar síntomas de una posible infección urinaria tales como incontinencia urinaria y dolor.

La Dra. M. prescribió correctamente un cultivo de orina que dio positivo en mayo del año 1996, siendo el mismo cultivo y tras el oportuno tratamiento de la infección urinaria diagnosticada, negativo en julio de ese mismo año.

Durante el año 1997 P.M.R. sumó de nuevo dos infecciones urinarias, en el mes de mayo y en el mes de noviembre, así como otra en el mes de junio del año 1998 y en el mes de enero del año 2000, las que fueron tratadas por la Dra. M., siendo el resultado del cultivo de la orina negativo en el mes de abril del año 2000.

Pese a ello, en el mes de octubre del año 2000 y persistiendo los mismos síntomas descritos en la paciente, el resultado del cultivo de orina fue igualmente negativo, no prescribiendo en la última consulta en el mes de noviembre del año 2000 la Dra. M. la realización de otras pruebas diagnósticas que pudieran dar razón de tales síntomas y que hubieran estado indicadas al no haberse detectado la existencia de una infección urinaria.

P.M.R. no regresó a la consulta de la acusada, y acudió por primera vez desde entonces en el mes de enero del año 2001 al servicio de urgencias del Hospital Ramón y Cajal de Madrid al persistir los mismos síntomas de incontinencia urinaria con dolor, realizándose en dicho hospital una prueba diagnóstica en el mes de abril de 2001 en la que se apreció la existencia de un tumor vesical que resultó ser un carcinoma epidermoide; P.M.R. fue ingresada en el citado Hospital para ser intervenida quirúrgicamente de dicho tumor el día 9 de mayo del año 2001, realizándose una cistectomía radical, esto es, una extirpación de la vejiga, el día 11 de mayo de ese mismo año, colocándose en su lugar una bolsa colectora de orina que ha de llevar de forma permanente, objetivándose además en la intervención metástasis en 9 ganglios linfáticos derechos.

P.M.R. fue dada de alta en el hospital el día 14 de junio del año 2001, permaneciendo incapacitada para sus ocupaciones habituales un total de 120 días, precisando desde entonces de controles periódicos para el seguimiento de su enfermedad.

Resulta imposible determinar el período de tiempo en que el tumor que P.M.R. padeció empezó a desarrollarse y cuándo tuvo un tamaño suficiente para ser detectado, tratándose además de un tumor de alto grado que puede experimentar un crecimiento rápido y que tiende a producir metástasis de forma temprana. Su diagnóstico más temprano no hubiera evitado, en todo caso, el tratamiento quirúrgico descrito ni sus consecuencias, siendo un factor desencadenante de su aparición las infecciones repetidas de orina que, sin embargo, no siempre degeneran en carcinoma.

El Instituto Nacional de la Salud y el Servicio Madrileño de la Salud tiene concertado un seguro de responsabilidad civil con la entidad A que cubre la prestación de servicios sanitarios y/o sociosanitarios a las

personas por parte del personal sanitario cuando preste sus servicios en los centros, dependencias y establecimientos propios».

A efectos de emisión del presente dictamen, son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Historia Clínica del Hospital Ramón y Cajal (folios 105 a 297).
2. Informe de la Inspección Médica, de 22 de septiembre de 2008, que concluye que *“la asistencia prestada ha sido correcta y adecuada a la lex artis ad hoc”* (folios 301 a 307).
3. Notificación del trámite de audiencia, efectuada el 18 de noviembre de 2011 (folio 312 a 314). No consta que la interesada haya formulado alegaciones.
4. Propuesta de Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de 3 de febrero de 2012, que desestima la reclamación con fundamento en la falta de nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño aducido por la reclamante y en la no concurrencia de la antijuridicidad del daño (folios 315 a 320).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta la reclamante la condición de interesada y legitimada para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente de que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

Se cumple, igualmente, el requisito de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, el diagnóstico del carcinoma epidermoide de vejiga se alcanzó en abril de 2001, siendo intervenida la reclamante el 11 de mayo de ese mismo año. La paciente fue dada de alta el 14 de junio de 2001 y permaneció en situación de incapacidad para el desempeño de sus ocupaciones habituales durante 120 días. Desde entonces, precisa controles periódicos de su enfermedad.

Consta en el expediente que, por estos mismos hechos, la interesada presentó denuncia ante los Juzgados de Instrucción de Madrid el día 11 de

enero de 2002. Denuncia que dio lugar a la incoación de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado número 110/2002 seguidas contra la Dra. R.M.F. por un delito de lesiones por imprudencia grave y a la apertura de Juicio oral nº 303/2004 que concluye por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid de 21 de marzo de 2006 que absuelve a la Dra. R.M.F. del delito de lesiones imprudentes. Sentencia que, recurrida en apelación, fue confirmada por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2006, notificada a la interesada el 11 de septiembre de 2006.

Por tanto, dado que el ejercicio de la acción penal interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, el día en que se notifica la sentencia desestimatoria del recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia, 11 de septiembre de 2006, es el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, la reclamación presentada el 23 de julio de 2007, debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- Al procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, regulado en las normas antes referidas, se encuentran sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la disposición adicional primera del precitado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental. Se han incorporado al procedimiento la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27

de Madrid, de 21 de marzo de 2006, y la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2006, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la misma, así como los informes periciales emitidos en el mismo. Consta en el expediente se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

CUARTA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso n^o 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1^o) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2^o) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3^o) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4^o) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

QUINTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada "*lex artis*" se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el

sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”*.

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la*

aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente". Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

SEXTA.- Acreditada la realidad del daño, consistente en la existencia de un tumor vesical que resultó ser un carcinoma epidermoide que requirió cistectomía radical y sustitución por una bolsa colectora de orina que ha de llevar de forma permanente, objetivándose además en la intervención metástasis en nueve ganglios linfáticos, es preciso examinar la existencia o no de relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

De los hechos declarados probados por la Sentencia de 21 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid resulta que la atención sanitaria dispensada a la paciente en mayo de 1996, diagnosticando la infección urinaria y pautando su tratamiento fue correcta.

Asimismo, resulta correcta la asistencia prestada por la Dra. R.M.F. en el tratamiento de las infecciones diagnosticadas en mayo y noviembre de 1997, junio de 1998 y abril de 2000.

Así lo reconoce el informe de la Inspección, que señala: *“Ante el diagnóstico de Infección urinaria o cistitis, se debe realizar analítica de orina y cultivo (el cultivo de orina es el procedimiento diagnóstico más importante, y constituye la prueba firme de infección). Dada la elevada*

frecuencia de la Infección urinaria en mujeres no se requiere realizar ninguna otra exploración adicional. Se debe iniciar tratamiento antibiótico y comprobar posteriormente que la infección ha sido resuelta, siendo ésta la actitud terapéutica seguida por la Dra. M. y por lo tanto correcta. La realización de otras pruebas diagnósticas adicionales estarían indicadas en caso de infección complicada: fiebre, persistencia germen causante a pesar de tratamiento antibiótico correcto, presencia de Hematuria no filiada, antecedentes de cálculos tracto urinario o vejiga neurogénica. A este respecto cabe reseñar que tras los cultivos realizados se objetivó la remisión de la infección. De los resultados de los cultivos aportados se destaca que: cuando junto con cultivos negativos existen también cultivos positivos (como sucede hasta abril de 2000) se trataría de una reinfección (infecciones que, una vez tratadas y curadas, reaparecen), y no ante una infección persistente que exigiría un estudio adicional para localizar el foco de la infección, y además, la existencia de dos cultivos positivos en un año descartaría la necesidad de otras pruebas diagnósticas, como así sucedió en el año 1997, sin que conste desde julio de ese año hasta abril del año 2000 un resultado negativo de cultivo”.

Sin embargo, en noviembre de 2000, persistían los síntomas de dolor e incontinencia urinaria y, sin embargo, hubo varios resultados de cultivos negativos. El informe de la Inspección señala sobre este punto: *“Por lo tanto, no sería hasta la consulta de noviembre del año 2000 cuando la realización de otras pruebas complementarias hubiera resultado procedente sin embargo hay que tener en cuenta además, que no existe constancia (en la documentación aportada) de que la supuesta afectada, manifestara síntomas distintos a los referidos con anterioridad, y por lo tanto el único motivo de realizar otras pruebas hubiera sido la existencia de dos cultivos negativos consecutivos...”*

Constatado en el expediente que la reclamante presentó en octubre de 2000 dos resultados consecutivos de cultivos negativos, la atención

dispensada a la paciente por la especialista en Urología del Centro de Especialidades “*Emigrantes*” en noviembre de 2000 no fue conforme a la “*lex artis*”, pues se limitó a solicitar nuevamente análisis de sangre y orina, sin solicitar la práctica de otra prueba complementaria.

La falta de realización de otras pruebas complementarias impidió la posibilidad de diagnosticar el tumor, si éste hubiese existido en ese momento. Así lo reconoce, como hecho probado, la Sentencia de Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid que dice: “*Pese a ello, en el mes de octubre del año 2000 y persistiendo los mismos síntomas descritos en la paciente, el resultado del cultivo de orina fue igualmente negativo, no prescribiendo en la última consulta en el mes de noviembre del año 2000 la Dra. M. la realización de otras pruebas diagnósticas que pudieran dar razón de tales síntomas y que hubieran estado indicadas al no haberse detectado la existencia de una infección urinaria*”. Según el informe de la Inspección, “*es posible que la detección de un tumor por los medios diagnósticos habituales hubiese precedido al diagnóstico en solo unos meses*”, lo que supone la aparición de la responsabilidad de la Administración al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnosticar el tumor de la paciente lo antes posible causando un daño que no se tenía la obligación jurídica de soportar.

SÉPTIMA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJAP-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo.

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una “*apreciación racional*”

aunque no matemática” –sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En el presente caso hemos de considerar, a estos efectos, que el daño sufrido por el reclamante es el de la pérdida de oportunidad de haberse diagnosticado antes el tumor y, en consecuencia, su peor pronóstico.

Ello no obstante, en la jurisprudencia entiende que la pérdida de oportunidad se define - entre otras, en sentencia de 7 de julio de 2008, (recurso de casación 4476/2004) como *«la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”»*.

Como afirma la sentencia de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación 5271/2003) la doctrina de la pérdida de oportunidad consiste en que no se haya *“dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible”*. En el mismo sentido la sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso de casación 435/2004): *“sin que conste la relevancia causa- efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple*

sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.

La interesada reclama como daños, que valora en 78.348,43 €, de los cuales, 46.850,07 € son por las secuelas físicas, 15.000 € por las secuelas estéticas y 9.375,78 € por los días impeditivos más un 10% del factor de corrección.

En el presente caso, el informe pericial señala que *“el diagnóstico más temprano del tumor probablemente no hubiese cambiado el tratamiento mediante cistectomía ni sus consecuencias, como tener que portar una bolsa colectora de orina, ya que es el único tratamiento curativo, pero quizá si se hubiese mejorado el pronóstico, ya que si el tumor hubiese estado limitado a la vejiga, sin que hubiese afectación ganglionar, el tratamiento habría resultado curativo. Sin embargo, es difícil precisar la probabilidad de esto, ya que los tumores de alto grado (G3) tienden a producir metástasis de forma temprana”.*

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

Por tanto, parece razonable que, en el caso sometido a dictamen, en el que esté valorando esa pérdida de oportunidad, o lo que es o mismo, la probabilidad de que una ecografía u otra prueba hubiera permitido diagnosticar con anterioridad el tumor vesical de la reclamante y ello le hubiera permitido un mejor pronóstico. Este Consejo Consultivo cifra esta probabilidad en un 40%, ya que muchos de los daños sufridos se le habrían producido igual, de haber sido diagnosticado el tumor antes.

Así, teniendo en cuenta que conforme al sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, la incontinencia permanente, se valora, y así lo solicita la interesada, en 30 puntos (baremo 30-40 puntos). A ello, habrán de añadirse los perjuicios estéticos derivados de la urostomía cutánea realizada que pueden calificarse como perjuicio estético medio y valorar en 15 puntos, resultaría un total de 45 puntos. Atendiendo a la edad de la reclamante al tiempo de la intervención, 68 años, y al año en que la lesión se produjo, 2001, la cantidad resultante sería 35.741,77 euros, cantidad a la que habrá de aplicarse, como se ha señalado, un porcentaje del 40%, resultando un montante de 14.296,71 euros.

A dicha cantidad, habrán de añadirse los días en que la interesada una vez recibida el alta tras la intervención realizada permaneció en tratamiento oncológico y que según la sentencia son 120 días de incapacidad para el desempeño sus ocupaciones habituales. No se contabilizan los días de ingreso hospitalario, como reclama la interesada, porque habrían sido los mismos de haberse diagnosticado antes el tumor, ya que la cistectomía radical era el único tratamiento curativo. Resulta, por tanto, una cantidad de 5.016,76 euros que, sumada a la anterior asciende a un total de 19.313,47 euros, cantidad que habrá de actualizarse a la fecha en que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, de acuerdo con el artículo 141.3 LRJPAC.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que la asistencia sanitaria prestada a la

reclamante en noviembre de 2000 no fue conforme a la *“lex artis”*, en la cuantía señalada en la Consideración Jurídica Séptima.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, SR. DE LA OLIVA SANTOS, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS CONSEJEROS, SRES. GALERA Y SABANDO.

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular discrepante del dictamen relativo al expediente 160/2012, sobre reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial presentada por P.M.R. (en adelante “la reclamante”), con fundamento en una asistencia sanitaria presuntamente defectuosa, atribuida a R.M.F. (en adelante, “la Dra. M.”), especialista en urología del Centro de Especialidades “Emigrantes”, también designado como “Centro de Salud Mar Báltico”.

1. El criterio mayoritario ha determinado un dictamen favorable a la estimación parcial de la reclamación por considerar que la Dra. M. incurrió en un error médico por omisión, que determinó una denominada “pérdida de oportunidad”, pues se estima que unas pruebas que la Dra. M. no ordenó realizar en noviembre de 2000 hubiesen permitido diagnosticar con alguna antelación un tumor vesical maligno, que en el Hospital Ramón y Cajal (en

adelante, “el Hospital”) se filió en abril de 2001 como “carcinoma epidermoide” y que determinó que a la reclamante se le extirpase la vejiga, con secuelas que se describen en el dictamen, si bien, afortunadamente, la reclamante parece haber dejado atrás el cáncer y se encuentra asintomática en la actualidad (o, al menos, eso se desprende del expediente).

Con el mayor respeto a las personas y al parecer de los miembros del Consejo Consultivo que han constituido la mayoría necesaria para aprobar el dictamen favorable a la estimación parcial de la reclamación, son muchos, como se verá, los motivos y razones que me llevan a disentir del dictamen y a formular este voto particular discrepante.

2. Desde abril de 1996, la reclamante acudía a consulta con la Dra. M., que en mayo de ese año diagnosticó infección urinaria y prescribió diversa medicación y ordenó en varias ocasiones la realización de análisis de sangre y de orina, que fueron efectuados, registrándose resultados positivos y negativos, por lo que los médicos expertos cuyo criterio consta en el expediente coinciden en afirmar que la Dra. M. actuó conforme a la *lex artis ad hoc* desde el comienzo de la relación profesional con la reclamante hasta noviembre de 2000. Es el comportamiento de la Dra. M. en ese momento (última visita de la reclamante) lo que está en tela de juicio.

En su escrito inicial de reclamación, la paciente atribuye mala praxis causante de sus daños y secuelas exclusivamente a la Dra. M., especialista en urología del Centro de Salud “Mar Báltico”, y viene a sostener lo siguiente: a) que durante cuatro años sufrió incontinencia urinaria e intensos dolores, que fueron en aumento; b) que la Dra. M. le diagnosticó una “supuesta infección urinaria... en mayo de 1996”; c) que el tratamiento ordenado por la Dra. M. fue absolutamente ineficaz; d) que solicitó en numerosas ocasiones a la Dra. M. la realización de otras pruebas; e) que, cuando, en enero de 2001, los dolores insoportables llegaron a cierto punto resolvió acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal y que

en este Hospital, por contraste con la terquedad de la Dra. M., rápidamente se le hicieron nuevas pruebas y se detectó el cáncer de vejiga.

3. Veremos que los hechos acreditados no son conformes con este relato. Pero, antes de seguir adelante, conviene señalar que el procedimiento de responsabilidad patrimonial se tramita tras haberse seguido, en doble instancia, un proceso penal en que la Dra. M. fue acusada de un delito de lesiones graves por imprudencia y fue absuelta en las dos sentencias, en las que se analiza con notable pormenor la historia de la relación profesional de la ahora reclamante con la Dra. M. La primera sentencia es la del Juzgado de lo Penal núm. 27 de Madrid, de 21 de marzo de 2006. La segunda sentencia fue dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, a 12 de julio de 2006.

El error de diagnóstico y la consiguiente “pérdida de oportunidad” consistirían en que la Dra. M., ante dos resultados negativos de cultivos de orina en abril y en octubre de 2000, más la persistencia en la reclamante de dos síntomas patológicos (dolor e incontinencia urinaria), debió descartar la infección urinaria, que a lo largo del tiempo aludido parecía clara (por desaparición de la infección tras el tratamiento antibiótico correspondiente) y someter a la reclamante a pruebas complementarias, que, sin embargo, la Dra. M. no prescribió.

4. Ciertamente, en el expediente son varias las afirmaciones en las que se hace referencia a esas pruebas complementarias como medios que quizá hubiesen conducido a un diagnóstico de cáncer: hallamos tales asertos en la citada Sentencia del Juzgado de lo Penal, de 21 de marzo de 2006, en dos informes periciales emitidos por el Dr. J.E.R.B.M. (en adelante, “el perito médico”) (ambos informes tienen prácticamente el mismo contenido, pero uno aparece firmado el 27 de junio de 2002 y otro el 2 de abril del 2003, sin que se pueda deducir de los documentos mismos ni del expediente a qué obedece la duplicidad) y, aunque con matices, en el Informe de la

Inspección Sanitaria. No reproducimos esas afirmaciones pues ya constan en el dictamen, aunque, como se dirá más adelante, no constituyen, a nuestro parecer, fundamento suficiente para estimar la reclamación. En todo caso, es de señalar que, en esos mismos documentos, siempre se descarta, como ha quedado ya apuntado, que las pruebas complementarias tuviesen ningún sentido en los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, hasta el cultivo negativo de octubre (al que precedía otro en abril de 2000) y la visita en noviembre de ese mismo año 2000. Se contradice ya, con esta unanimidad, lo sustancial de la queja de la reclamante.

5. Veremos después por qué entendemos que las afirmaciones de reproche a la Dra. M. por omisión de prescripción de pruebas carecen de la fuerza que se les ha atribuido. Antes, procede señalar que del expediente se desprenden hechos y en él se encuentran valoraciones médicas a las que el dictamen no atribuye relevancia y que incluso no menciona, cuando, a nuestro juicio, sí eran relevantes.

De especial importancia nos parecen los siguientes puntos:

1º) Tras una última visita a la Dra. M., en noviembre de 2001, la reclamante acude a Urgencias del Hospital Ramón y Cajal en la mañana del día *17 de enero de 2001*. En Urgencias de este Hospital se diagnostica ITU (Infección de Tracto Urinario o infección urinaria). Concretamente, “se diagnosticó de infección urinaria tratada con Amoxiclavulánico con mejoría parcial, incontinencia ocasional y urgencia.” (V. Informe de la Inspección Sanitaria, folios 242 y 243 del expediente: *advertencia general: la numeración que se tiene en cuenta aquí no es la sobrepuesta en la parte superior izquierda de los folios, sino la manuscrita en la parte inferior derecha de los folios*, pues ésta es la que se utiliza en el expediente para las remisiones, especialmente en el Informe de la Inspección Sanitaria). Se trata del mismo diagnóstico emitido por la Dra. M. El perito médico afirma estar de acuerdo con ese diagnóstico y reconoce

que no consta que en Urgencias se prescribieran y practicaran a la reclamante pruebas complementarias (folio 30).

2º) *“La paciente refiere –en el Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal– que tuvo un episodio de hematuria ocasional en el año 1999 (no consta en la documentación aportada que de este dato tuviera constancia la Dra. M.). A la exploración física no se objetivó la incontinencia con tos o con maniobra de Vasalva y tras estudio urodinámico se confirmó la presencia de hiperactividad del músculo detrusor (músculo vesical) (esta hiperactividad se suele tratar con Tolterodina, que fue el fármaco prescrito de forma correcta por la Dra. M.)”* (v. Informa de la Inspección Sanitaria, folio 243) (folios 67 y 68). El perito médico, tras afirmar que la hematuria sería una señal de alarma de tumor, reconoce que *“el médico debe ser ayudado con la información que le da el paciente”* y que *“no consta la existencia de hematuria y que lo hubiera comunicado la querellante [es decir, la reclamante] a la Dra. M.”* (folio 30).

3º) La paciente, después de su visita a Urgencias del Hospital, el 17 de enero de 2001, acudió a las consultas externas del Hospital y se puso en manos de otro especialista en urología. Lo que se prescribe tras su visita a Urgencias es exactamente lo mismo que había prescrito la Dra. M. en noviembre de 2000.

El perito médico hace notar que no es igual el tratamiento ambulatorio que el que se dispensa en un Hospital en consultas externas, donde *“se suelen promover todo tipo de pruebas y según qué protocolos”* (folio 29). Es en este contexto donde se producen los acontecimientos posteriores.

4º) Refiere la reclamante que el 5 de febrero de 2001, el Servicio de Urología del Hospital la informa de que se le va a practicar una prueba y se le dan instrucciones para prepararse. Esa prueba es un estudio urodinámico. La reclamante afirma que *“tan sólo hizo falta esta prueba*

para que me diagnosticaran una tumoración vesical de 4,9 x 5,5 cm sugestiva de neoplasia y acordaran mi ingreso en el Hospital a fin de ser intervenida quirúrgicamente” (folio 19 bis 2). Exactamente la misma afirmación se encuentra en la denuncia que originó el proceso penal.

Yerra gravemente la reclamante en esta afirmación porque, como reconocen todos los expertos, el estudio urodinámico es enteramente inidóneo para la detección de tumores, pues se refiere a presiones vesicales, uretrales y de prensa abdominal. De hecho, al folio. 102 del expediente se encuentra documento con los resultados del estudio. En él (fechado con manifiesto error el “02 de enero de 2001”) nada se dice de tumoración sino que se puede leer: “Diagnóstico Urodinámico: Hiperactividad del detrusor”. Dice el perito médico, sobre este diagnóstico: *“Esta entidad se suele tratar con medicamentos anticolinérgicos como el prescrito por la Dra. M., tolterodina.”*

5º) Es con una ecografía, realizada el día 2 de abril de 2001, como se objetiva “tumoración vesical... sugestiva de neoplasia”. Transcurren, pues, más de dos meses desde que la reclamante acudió al Hospital y prescindió de los servicios de la Dra. M. En el Informe de la Inspección Sanitaria se puede leer que “la radiografía simple de abdomen, ecografía, urografía intravenosa o TAC pueden estar indicadas en pacientes con sospecha de complicaciones, malformaciones u obstrucción de vías urinarias.” Así, pues, la prueba no es necesariamente ordenada por sospecha de patología diversa de la diagnosticada por la Dra. M., sino probablemente en la línea del diagnóstico de infección y de incontinencia urinaria. Este juicio de probabilidad se apoya en que, de hecho, no consta en el expediente que se sospeche otra patología y el correlativo error diagnóstico que se imputa a la Dra. M. y en que, por otra parte, como se ha dicho, primero en Urgencias del Hospital y después en la consulta externa de Urología, se prescribe a la reclamante el mismo tratamiento que le había indicado la Dra. M.

Todo lo anterior explica que el perito médico declare (folio 29) que “al pedir pruebas diagnósticas *se encontraron con el tumor*”.

6º) En cuanto al dolor experimentado por la reclamante y acerca de la reclamación o solicitud por su parte de pruebas complementarias (que, por cierto, la Sentencia de la Audiencia Provincial, de 12 de julio de 2006, viene a censurar: v. folio 64), es de señalar que la reclamante describe como “insoportables” sus dolores durante el tiempo en que fue tratada por la Dra. M. y afirma que esos dolores “con el transcurso del tiempo se manifestaban con mayor intensidad” (folio 19 bis 1). Sin embargo, el Informe de la Inspección Sanitaria, tras hacer constar que en febrero de 1998 la Dra. M. prescribió a la reclamante “ejercicios de Kegel para tratamiento de incontinencia urinaria”, reseña que “*posteriormente no existe mención de los síntomas experimentados por la paciente ni de que ésta solicitara otras pruebas diagnósticas*”.

Sobre estos mismos puntos se expresa también el dictamen del perito médico (folios 33 a 48 del expediente: el dictamen, con distinto formato, aparece repetido) y afirma que “*en la historia clínica no hay mención de los síntomas experimentados por la paciente ni de esta solicitud por su parte*” (de otras pruebas) (folios 34 y 42).

7º) También respecto del dolor, el informe del Servicio de Urología del Hospital Ramón y Cajal, del que se hace eco el Informe de la Inspección Sanitaria, señala que “la paciente acudió para valoración de infecciones de tracto urinario de repetición en seguimiento ambulatorio y que presentaba *desde Agosto del 2000* dolor hipogástrico sin fiebre”. El Inspector hace notar, entre paréntesis: “*este punto contradice lo referido por la supuesta afectada en su reclamación, que refiere que sus molestias fueron en aumento a lo largo de los años*”.

Acerca asimismo del dolor, el perito médico es tajante: *“ni la historia clínica ni la paciente explican las características del dolor experimentado por la misma”* (folio 35).

8º) En el informe del perito médico se puede leer, tras afirmar que la incontinencia urinaria es una patología muy frecuente en las mujeres, que *“la actitud diagnóstica a adoptar ante el síntoma de incontinencia urinaria depende de la intensidad de la misma, los síntomas acompañantes y la molestia que causa a la paciente, por lo que resulta difícil pronunciarse sobre si la actuación de la Dra. M. en la evaluación de este síntoma fue correcta o no.”* (folios 34 y 35)

9º) Prosigue el informe del perito médico con la exposición de lo que requiere, en general, la evaluación de la incontinencia urinaria. Y en el siguiente párrafo aparte dice: *“una práctica aceptada es la prescripción de un medicamento anticolinérgico (como tolterodina), ya que la respuesta positiva al tratamiento implica que en la etiología de la incontinencia actúa una contractilidad excesiva de la vejiga, y cuando la respuesta clínica es buena, no se suelen realizar exploraciones adicionales.”* (folio 35). Consta en el expediente (folios 34 y 242: Informe de la Inspección Sanitaria) que cabalmente fue ese tratamiento el prescrito a la reclamante por la Dra. M. en la última ocasión que tuvo de ocuparse de la reclamante: *“beber 3 litros de líquido al día, realizar baños de asiento, así como la prescripción de Detrusitol -Tolterodina- (indicaciones: vejiga inestable que cause urgencia miccional, polaquiuria o incontinencia urgente).”*

10º) Merece detenida consideración, y no el silencio que se observa en el dictamen del que discrepamos, el reconocimiento por el perito médico de la dificultad de enjuiciar el comportamiento de la Dra. M., precisamente en razón de los síntomas y molestias que presente la paciente, porque, como ya se ha visto, el mismo perito afirma *“que ni la historia clínica ni la paciente explican las características del dolor experimentado por la misma”*.

Además, el síntoma de hematuria (cuestionado por todos) tampoco ha sido comunicado a la Dra. M. Y, por añadidura, la reclamante se contradice, como también reconocen todos los expertos médicos, cuando se refiere a dolores insoportables que llevaría sufriendo desde 1996 y que habrían ido en aumento, mientras que, en otro momento, en el Servicio de Urología del Hospital, refiere que “presentaba *desde Agosto del 2000* dolor hipogástrico sin fiebre”.

11º) Consta en el expediente una llamada “acta de ratificación”, el 10 de julio de 2003, del perito médico, ratificación que expresamente se refiere al informe fechado el 2 de abril de 2003. Llama la atención el silencio del dictamen sobre este documento, en el que, pese a una genérica ratificación, el perito matiza considerablemente e incluso rectifica algunos extremos de su anterior informe escrito.

Señalaremos, con la debida separación, dos de esos extremos.

A) En el informe de 2 de abril de 2003, el perito médico, especialista en urología, tras unas breves consideraciones generales sobre el carcinoma epidermoide de vejiga, que considera “un tumor muy raro en nuestro medio”, afirma en párrafo aparte lo siguiente:

“Esta característica especial del carcinoma epidermoide de vejiga implica que, *en este caso, el origen del tumor fue con gran probabilidad la presencia de un estímulo irritativo continuo provocado por las infecciones urinarias de repetición.*” (lo resaltado aquí en cursiva aparece en negrita y subrayado en el original del perito médico) (folio 47). Una afirmación prácticamente igual, con similar resalte, constituye la conclusión tercera del dictamen de este perito médico (folio 48).

Aunque es indudable que la Dra. M. no tendría en ningún caso responsabilidad por la existencia de infecciones urinarias de repetición, que se reconocen unánimemente como bien tratadas desde 1996 a noviembre

de 2000, es muy interesante advertir que, en su comparecencia de 10 de julio de 2003, en que se le formulan preguntas por dos abogados, se pueden leer, sobre la afirmación anterior que se acaba de transcribir, estas palabras:

“Que el declarante [el perito médico] cuando dice que en su conclusión tercera que el carcinoma probablemente se ha favorecido por la irritación crónica de la vejiga, lo que quiere decir es que la irritación crónica de la vejiga se puede producir por infecciones de orina”.

Estamos, a todas luces, ante una “matización” que es, en realidad, una total *rectificación*. En su informe escrito y, por tanto, en principio redactado con el cuidado y precisión que se asocia a la escritura, el perito médico habla de “*origen del tumor*” y no de que el carcinoma se viese “*favorecido*”. Pero lo más importante es que en el “*acta de ratificación*”, firmada por el perito, éste elude por completo la muy probable relación de causalidad que había afirmado en su informe escrito y se queda en una obvia relación entre infecciones urinarias e irritación crónica de la vejiga, relación absolutamente irrelevante cuando el perito se está ocupando de ilustrar a la Justicia sobre el carcinoma, como ocurre en el folio 47.

B) a) La conclusión 2 del perito médico, en su dictamen fechado el 2 de abril de 2003, dice literalmente lo siguiente:

“Ante la persistencia de los síntomas y la obtención de varios cultivos negativos durante el periodo comprendido entre diciembre de 1997 y octubre de 2000, hubiera estado indicado realizar estudios adicionales, para descartar otras causas del dolor sin infección, como se ha comentado anteriormente. Es un hecho constatado que dichas pruebas no se llevaron a cabo. Estas pruebas habrían diagnosticado el tumor si el tumor hubiese existido en aquel momento.” (que se consigna en cursiva aparece en negrita en el informe original).

b) En la conclusión 6 y última de su dictamen escrito, dedicada a lo que podría haber ocurrido en caso de diagnóstico más temprano del tumor, el perito médico deja escrito: “... las pruebas complementarias al uso, si hubieran sido prescritas por la Dra. M. en su momento, hubieran favorecido un diagnóstico más temprano, y en otro caso se podría justificar la inexistencia del tumor *durante el periodo que fue atendida por dicho facultativo*, pero ello no consta, y nos remitimos, como es debido, a los hechos acaecidos.” (folio 48) (la cursiva es nuestra).

Resulta racionalmente incomprensible cómo puede el susodicho perito médico plantear siquiera como posible la existencia del tumor durante cuatro años (periodo en que la reclamante fue atendida por la Dra. M.), cuando esa posibilidad es negada por todos (radicalmente en la citada sentencia de la Audiencia Provincial: folio 64) y, por añadidura, está en frontal contradicción con las conclusiones 4 y 5 del mismo perito en el mismo informe: “*es imposible saber en qué momento, o mejor dicho, periodo de tiempo comenzó el tumor a desarrollarse*” (conclusión 4: la frase va en negrita); “un tumor de alto grado como el diagnosticado a la paciente puede experimentar un crecimiento rápido, por lo que es posible que la aparición de un tumor detectable por los medios de diagnóstico habituales precediese al diagnóstico tan sólo en unos meses; pero esto es sólo una posibilidad, y *es imposible saber cuándo se originó el tumor...*” (conclusión 5).

Sobre este punto, la Sentencia de la Audiencia Provincial, de 12 de julio de 2006 aporta una interesante información en el siguiente párrafo:

“En el recurso se recoge la manifestación del perito Dr. J.E.R.B.M. [el que estamos denominando aquí “perito médico”], con ocasión de ratificar su informe el 10 de julio de 2003 ante el Instructor, en orden a que la fecha aproximada en la que podría haberse iniciado el tumor sería en octubre de 2000 *-manifestación no realizada en el plenario donde sí dijo*

que es imposible saber en que momento comenzó el tumor a desarrollarse-, precedida de exposición de no poder precisar si en octubre de 2000 cuando se realizó el cultivo negativo existía ya el tumor, así como que en el contexto de la asistencia ambulatoria la actuación de la doctora es la habitual al caso.” (la cursiva es nuestra).

c) Pero, con ser todo lo anterior muy significativo, más importantes aún consideramos las diferencias apreciables entre la arriba transcrita conclusión 2 del dictamen escrito y lo que aparece en el “acta de ratificación” a modo de conclusión, que es lo siguiente:

“Que la doctora M. en el momento de recibir ocasionalmente al paciente hace un tratamiento al uso, que es el diagnóstico o no de infección y el tratamiento oportuno. Si *teóricamente* se hubieran prescrito pruebas de diagnóstico complementario (*sic*) es *muy probable* que se hubiera podido encontrar con el diagnóstico de ese tumor en las fechas últimas de consulta con la doctora. Al acudir al Hospital de Urgencias *ratifica el diagnóstico de infección urinaria* y promueve (*sic*) el protocolo al uso, el cual es derivar a la paciente a consultas externas para un posible diagnóstico. Las consultas externas suele ser protocolizada (*sic*) y se solicitan las pruebas para cada uno de los síntomas. Es en la ecografía cuando nos encontramos con la aparición del tumor. Que la ecografía se pide el 5 de febrero y se realiza el 2 de abril, y por tanto nos ratificamos en un despistaje (*sic*; quiere decir “despistaje”) diagnóstico y no en la confirmación de un diagnóstico.” (la cursiva es nuestra).

Contra lo que pudiera parecernos a los profanos en Medicina, la noción “despistaje” no connota error o distracción (como en el “despiste”), sino investigación en busca de un diagnóstico. El perito médico parece querer decir, a modo de conclusión en la que se ratifica, que en el Hospital se está buscando un diagnóstico distinto y no confirmando el diagnóstico de la Dra. M. Extraño es que firme y considere conforme una “acta de

ratificación” en la que esa “conclusión” del “despistaje diagnóstico aparece ligada (“y por tanto...”) a la petición de una ecografía el 5 de febrero de 2001 y su realización el 2 de abril de 2001. Ciertamente, la solicitud de ecografía el 5 de febrero de 2001 puede deberse -no lo sabemos con certeza- a lo que apunta el perito médico, pero él no debería pasar por alto que habían transcurrido quince días desde que la reclamante fue atendida por vez primera en el Hospital, donde el diagnóstico inicialmente se confirmó y que, desde noviembre de 2000, son tres los meses transcurridos, meses durante los cuales, la Dra. M. quizá hubiese prescrito nuevas pruebas si hubiese continuado atendiendo a la reclamante.

6. Volvamos a cuestiones de más relevancia. Veamos lo que el expediente acredita y no ha sido tomado en consideración. Y, como quiera que se trata de valorar los hechos conforme a la ciencia médica, hemos de mirar a la apreciación pericial en la que se podría apoyar un dictamen que entiende haberse producido mala praxis por omisión de prescripción de pruebas. No concluye así el Informe de la Inspección Sanitaria, aunque, como hemos reconocido (cfr. supra, n. 4 de este voto particular), contiene una afirmación con matices de difícil comprensión. Hemos pues de repasar lo que opina y afirma el Dr. J.E.R.B.M., el perito médico. Como ya hemos mostrado, el llamado “tratamiento al uso”, prescrito por la Dra. M., es considerado acertado por ese perito médico. El perito reconoce que no consta que la paciente informara de las características de su dolor a la Dra. M. El perito reconoce que existe una contradicción entre la afirmación de la reclamante sobre sus dolores durante cuatro años y su declaración de que *desde agosto de 2000* presentaba dolor hipogástrico. El perito sabe que en Urgencias del Hospital, por el solo hecho de dos cultivos negativos de orina (los de abril y octubre de 2000), no procedieron a realizar estudios adicionales para buscar las causas de un “dolor sin infección”, sino que diagnosticaron ITU y prescribieron a la reclamante un tratamiento igual que el que había prescrito la Dra. M. El perito sabe que él se ha mostrado

conforme con esta actuación de Urgencias. El perito sabe que el diagnóstico de Urgencias del Hospital es confirmado posteriormente por el Servicio de Urología del mismo Hospital. También sabe que un informe urodinámico (siguiente paso asistencial a la reclamante) no indica sospecha de patología distinta de la ya diagnosticada: por la Dra. M., hasta que la reclamante prescindió de sus servicios; por las Urgencias del Hospital el 17 de enero de 2001 y posteriormente por el Servicio de Urología. Finalmente, el perito debía saber que en el Hospital se realizó analítica de orina “objetivándose leucocitos gram positivos y bacilos gram negativos, sugerentes de infección urinaria” (Informe de la Inspección Sanitaria, folio 243, que remite al folio 67).

Por ende, el perito ha afirmado que es de tener en cuenta que la asistencia médica ambulatoria no puede proporcionar las mismas prestaciones que son protocolarias en la atención hospitalaria. El perito sabe que entre noviembre de 2000 y enero de 2001, cuando la reclamante acude al hospital, median al menos dos meses de distancia temporal. El perito no sabe, pues nadie lo sabe excepto la reclamante, por qué, si la reclamante sufría “dolores insoportables” que iban en aumento cada día, no consta que requiriera ninguna atención médica en esos dos meses. No nos permitiremos aquí ningún ejercicio de imaginación o conjetura sobre tal comportamiento. Suficiente será dejar sentado que lo que le pudiese ocurrir a la reclamante durante ese tiempo no puede imputarse a la Dra. M. y sólo la misma reclamante sería responsable de ello.

Con todo esto, quizá se entienda que al término de su declaración el 10 de julio de 2003, el perito ya no diga que, ante la persistencia de los síntomas y la obtención de dos cultivos negativos, “hubiera estado indicado realizar estudios adicionales para descartar otras causas de dolor sin infección” y prefiera afirmar que “*si teóricamente*” se hubiesen prescrito otras pruebas, quizás (“es muy probable”, dice, pero lo dice en contradicción con muchas otras afirmaciones suyas, que constan por

escrito) nos hubiéramos encontrado con el diagnóstico de tumor... etc. (véase el párrafo entero reproducido en la página anterior). Es claro que, al final de la instrucción del proceso penal en primera instancia y sometido a pertinentes preguntas, el perito médico se muestra mucho menos categórico que en sus previos informes escritos.

7. Recapitulemos y procuremos también abreviar, aun a costa de omitir algunos extremos interesantes, pero no esenciales, que se desprenden de un detenido examen del expediente.

Es frecuente que en la “pérdida de oportunidad” no haya *certeza*, sino sólo *probabilidad* -y la probabilidad fundada es suficiente- de que los resultados habrían sido mejores para el paciente si se hubiese hecho algo que se omitió. Sin embargo, en lo que tiene que haber *certeza* es en que la “pérdida de oportunidad” trae causa de una mala praxis médica. Sin infracción de la *lex artis* o mala praxis, no puede imputarse a los profesionales de la medicina (en sentido amplio) haber causado una pérdida de oportunidad indemnizable por la Administración. Y en este punto no vale la probabilidad de la mala praxis o infracción de la *lex artis*. Este elemento tiene que haber quedado probado o acreditado. Y, a nuestro parecer, que expresamos con el mayor respeto a nuestros compañeros del Consejo Consultivo, en este caso no ha sido probada o acreditada en absoluto la mala praxis o infracción de la *lex artis* por parte de la Dra. M. Más bien resulta del expediente que la Dra. M. se ajustó a la *lex artis*.

8. Ante todo, la reclamante no proporcionó a la Dra. M. información completa y fiable sobre su estado, especialmente sobre sus dolores. Por el contrario, está plenamente acreditado que el relato de la reclamante sobre los sucesos relativos a su salud presenta contradicciones e inconsistencias de mucha importancia. Pero es que, además de que no es exigible un acierto diagnóstico respecto de un paciente si éste no es sincero y completo en la expresión de sus síntomas -lo que ya sería suficiente para rechazar

todo reproche a la Dra. M. y la consiguiente responsabilidad-, está claro que el criterio según el cual existiría una indicación imperativa de realizar pruebas complementaria en busca de las *causas del dolor sin infección* en cuanto dos cultivos de orina fuesen negativos no aparece citado en protocolo alguno -que conste en el expediente- ni en textos a los que se les reconozca autoridad. No hay prueba alguna de indicación o regla médica, cuya contradicción constituya mala praxis o infracción de la *lex artis*, en virtud de la cual, tras dos cultivos negativos consecutivos sea imperativo realizar pruebas complementarias en busca de las causas de un dolor sin infección. Además, ¿sería compatible calificar el comportamiento de la Dra. M. como el “habitual” si ese comportamiento entrañase mala praxis? Si la actuación de la Dra. M. en la asistencia ambulatoria es considerada la *habitual* o *usual*, ¿acaso se estaría sosteniendo que habitualmente se infringe la *lex artis* en dicha asistencia?

9. Si existiera esa indicación o regla (dos analíticas negativas deben ser inmediatamente seguidas de pruebas complementarias) habría sido violada el día 17 de enero de 2001 en las Urgencias del Hospital, donde se habría incurrido en mala praxis; se habría infringido también en el Servicio de Urología del Hospital, pues, sabedores de los dos consecutivos cultivos negativos, de abril y octubre de 2000, no se pusieron derecha e inmediatamente a la búsqueda de otras causas porque prescribieron la realización de ecografía el 5 de febrero de 2001 pero sin indicación de urgencia pues no se realizó hasta el 2 de abril de 2001, casi dos meses después.

Por lo demás, salvo que haya un error en los folios 243 (informe de la Inspección Sanitaria) y 67 (resultados de analítica), ya en el año 2001, tras acudir al Hospital, los resultados de analítica de orina fueron “sugerentes de infección urinaria”. De ser así -y carecemos de razones o motivos para negarlo- tendríamos una prueba de que la pretendida regla de los dos

cultivos consecutivos negativos sería, de existir, una regla inexacta y defectuosa.

Se reconocerá que no es conjetura temeraria afirmar, tras todo lo expuesto, que la infundada reclamación administrativa no es sino una empecinada pretensión de la reclamante de achacar todos sus males a la Dra. M., puesto que ése fue el planteamiento anterior de la denuncia y de la posterior acusación penal. Al constar que la Dra. M. recibió desde el primer momento asistencia letrada -lo que en modo alguno reprochamos: lo decimos como simple hecho- se nos permitirá atribuir el planteamiento de su reclamación administrativa al asesoramiento letrado recibido.

Con los datos del expediente no podemos sino concluir que no está acreditada ninguna infracción de la *lex artis ad hoc* por parte de la Dra. M., por lo que resulta implanteable, conforme a Derecho, la noción de la “pérdida de oportunidad” indemnizable. Por lo tanto, la reclamación, plagada de errores, inexactitudes y omisiones sobre los hechos, debería ser desestimada.

10. Permítasenos, no obstante, *ad abundantiam*, referirnos a las sentencias recaídas en el proceso penal que se siguió contra la Dra. M. por un presunto delito de lesiones por imprudencia grave. En relación con el caso objeto de dictamen, el firmante ha sostenido y sostiene que este Consejo Consultivo podía y debía pronunciarse sin considerarse vinculado, de ninguna manera ni en ningún aspecto o extremo, por el contenido de las dos sentencias que absolvieron a la Dra. M.

No se trata sólo de que la finalidad del proceso penal sea distinta de la del procedimiento de responsabilidad patrimonial, de modo que los hechos del caso hayan de ser tomados en consideración con arreglo a normas y criterios distintos. Se trata, asimismo, de que las declaraciones jurisdiccionales sobre hechos no vinculan *ad extra*, a juicio del firmante, más allá de lo que dispone el párrafo primero del art. 116 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal: declaración en sentencia firme de la inexistencia de un hecho: tal declaración vincula respecto de la responsabilidad civil. Es ésta la única norma legal sobre fuerza vinculante *ad extra* de sentencias penales.

11. El firmante conoce desde hace muchos años la existencia de Sentencias del Tribunal Constitucional (la primera, la STC 77/1983, de 3 de octubre) en que pueden leerse frases como ésta: “*es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*”. Compartimos sin vacilar el denominado principio de no contradicción, tal como lo formula Aristóteles en su *Metafísica* (B 2,996b30), pero no compartimos esa *versión* del principio en la STC 77/1983, que aparece, además, en caso y en un contexto diversos del que aquí se da. Las resoluciones judiciales no hacen existir o constituyen los hechos, sino que los reconocen, los niegan o los consideran dudosos, lo que deriva de operaciones que, además de sujetas a la humana falibilidad, se encuentran limitadas por el papel que juegan en la contienda procesal las partes y sus abogados, especialmente en la delimitación del objeto del proceso y en el esfuerzo probatorio y sus resultados. En otros lugares, hemos explicado más extensamente por qué la frase literal entrecomillada y otras similares no debían alcanzar y, de hecho, no han alcanzado nunca categoría de genuina doctrina constitucional. Bastará decir aquí que recaída sentencia condenatoria respecto de un coautor, en la que, claro es, se declare la existencia de un hecho, un coautor sujeto posteriormente a proceso penal bien podría, para defenderse con plenitud de posibilidades, aportar contraprueba que condujese al tribunal de su proceso a absolverlo por inexistencia del hecho. Con mentalidad jurídica que acepte la importancia del derecho de defensa y la necesidad de que lo que se afirma en una sentencia no pueda perjudicar, sin más, a quien no ha sido parte en el proceso terminado con esa sentencia (*nemo debetur inaudito damnari*), se entenderá fácilmente que los postulados del realismo metafísico no

pueden trasladarse sin contemplaciones al ámbito jurisdiccional, de modo que sí, puede haber casos en que esté justificada la existencia de sentencias con pronunciamientos no armónicos o incluso completamente contradictorios sobre los hechos.

12. Pero de muy superior importancia que lo anterior es que las sentencias relativas a este caso, antes citadas, no afirman y nunca podrían afirmar vinculantemente que la Dra. M. incurriera en mala praxis o infracción de la *lex artis ad hoc*, porque, al tratarse de una acusación de lesiones graves por imprudencia, que es rechazada por ausencia de relación de causalidad entre el comportamiento de la acusada y las lesiones graves, todo lo que no atañe a esta verdadera *ratio decidendi* ha de ser considerado *obiter dicta*. Y un atento examen de las dos sentencias confirma plenamente que la frase de la Sentencia del Juzgado de lo Penal, que dice “no prescribiendo en la última consulta en el mes de noviembre del año 2000 la Dra. M. la realización de otras pruebas diagnósticas que pudieran dar razón de tales síntomas y que hubieran estado indicadas al no haberse detectado la existencia de una infección urinaria” es, en efecto, algo *obiter dictum*, algo que el Juzgado afirma sin que se haya producido en la primera instancia del proceso penal una controversia sobre mala praxis y pérdida de oportunidad.

No somos nosotros los que, para apuntalar nuestro criterio discrepante, formulamos esta consideración. Lo dice con total claridad la Audiencia Provincial en su Sentencia de 12 de julio de 2006:

“Tal acotación de los hechos se considera necesaria toda vez que en el recurso se dice: ‘nos encontramos ante una actuación imprudente tipificable en el artículo 152 CP, puesto que existe una actuación imprudente de la Dra. M. al no buscar el origen de las infecciones urinarias de repetición, un daño, cual es el surgimiento de un tumor de extrema gravedad y existe un nexo causal...’”

“Esta imputación de causación, en el sentido de no evitación del carcinoma por no tratar adecuadamente la infección urinaria no buscando su génesis, no puede ser acogida y ni siquiera examinada por falta de planteamiento en la instancia, pero además, de la pericial practicada no resulta que las infecciones urinarias que padecía P.M.R. tuviesen su causa en una patología orgánica o en factores favorecedores de la infección, que sería la finalidad de las pruebas complementarias consistentes en diagnóstico por imagen y de citoscopia con calibraje uretral, según el perito Dr. J.E.R.B.M., al margen de la finalidad de conformar a la paciente, finalidad que es totalmente ajena a un juicio de diligencia o de observancia de la Lex artis.”

Es, por tanto, la Audiencia Provincial, en la segunda instancia, quien afirma que en la primera no se había planteado la infracción de la *lex artis* por omisión de la búsqueda de la causa de la infección urinaria. Y, cualquiera que sea el juicio que merezca a los lectores expertos lo que afirma la Audiencia Provincial después de establecer que no debería siquiera examinarse lo afirmado en el recurso para incriminar a la Dra. M., el criterio de la Audiencia Provincial, claramente contrario a la tesis central de la recurrente y después reclamante, no debería merecer una nula consideración mientras que el del Juzgado de lo Penal se tiene como prueba determinante de la mala praxis.

13. Ocurre, finalmente, que aún si aceptáramos la tesis de la vinculación necesaria de este Consejo Consultivo -y de cualquier otro órgano público- en cuanto a los hechos declarados probados, tesis que pretende apoyarse en ciertas frases del Tribunal Constitucional, tal tesis no sería aplicable al asunto que nos ocupa porque la afirmación de que *hubiera estado indicado que la Dra. M. prescribiera pruebas complementarias* -afirmación que se formula por el Juzgado sin especial énfasis- no es en modo alguno una afirmación sobre *hechos* (por más que se aparezca bajo la rúbrica “hechos probados”) sino expresión de una valoración. *Hecho* es -y nadie lo discute-

que la Dra. M. no prescribió pruebas complementarias (entre otras buenas razones, porque no tuvo, si bien se mira, ocasión de hacerlo). Decir que debió prescribirlas, o algo parecido, es formular un juicio valorativo, sobre un aspecto poco relevante en el proceso penal y que, por tanto (y por las limitaciones de los asesores de las partes), no mereció especial esfuerzo en la controversia, como una lectura completa de las dos sentencias permite apreciar perfectamente.

Madrid, 24 de abril de 2012.

Andrés de la Oliva Santos».

Madrid, 25 de abril de 2012

