Sección: IRF
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Plaza San Agustín s/n
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 30 64 80
Fax.: 928 30 64 86
Email: s1contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000533/2015-00
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Procedimiento: Recurso de apelación
Nº Procedimiento: 0000260/2017
NIG: 3501645320150003220
Materia: Responsabilidad patrimonial
Resolución: Sentencia 000138/2018

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelado	SERVICIO CANARIO DE SALUD	
Apelante		FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE DE LARA

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

Presidente
D./Dª. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO
Magistrados
D./Dª. JAIME BORRÁS MOYA
D./Dª. FRANCISCO JOSÉ GÓMEZ DE LORENZO CÁCERES
D./Dª. INMACULADA RODRÍGUEZ FALCÓN (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 9 de marzo de 2018.

Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen. el presente recurso de apelación número 260/2017, interpuesto por doñ APARICIO, representado el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE DE LARA y dirigido por la Abogada D. /Dña. JOSE MATEO FAURA, contra la Sentencia dictada el 6 de abril de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso número Cinco, en el Procedimiento Ordinario 533/2015.

Ha intervenido como apelado SERVICIO CANARIO DE SALUD, habiendo comparecido, en su representación y defensa SERV. JURÍDICO CAC LP,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Cinco de Las Palmas dictó Sentencia el 6 de aril de 2017 estimando parcialmente el recurso interpuesto "

SEGUNDO.- Por ambas partes se presentaron recurso de apelación y se opusieron a los respectivamente presentados.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se elevaron las actuaciones a esta Sala, formándose el correspondiente rollo, con señalamiento de votación y fallo, y siendo designada ponente la Magistrada de esta Sala doña Inmaculada Rodríguez Falcón que expresa el parecer unánime de la Sala .

Vistos los preceptos legales citados por las parte y los que son de general aplicación,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Sentencia dictada el 6 de abril de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5, en el procedimiento ordinario 533/2015, tramitado en el que se declaró la responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad, y reconociendo el derecho de doña F , a una indemnización de 60.000€.

La sentencia es apelada por ambas partes la apelante considera que existió una vulneración de la lex artis por parte de los facultativos que la atendieron y así debió ser reconocido. Por su parte el Servicio Canario de Salud solicita la revocación de la Sentencia en cuanto la condena por pérdida de oportunidad.

SEGUNDO.- <u>Inexistencia de prescripción</u>

Compartimos con la Sentencia apelada que no existe prescripción de la acción de responsabilidad patrimonia. Es necesario atender al momento del alta de la operación de mastectomía como "días a quo", al ser la fecha en la que la apelante tuvo conocimiento de las secuelas provocadas por el carcinoma. El propio Informe de Inspección señala que las consecuencias para un cancer de mama son diferentes si e diagnostica en un estadio localizado IIA (palpable y no se ha propagado hacia los ganglios linfáticos acilares) en los que la tasa de supervivencia alcanza un 81%; sin embargo, en el estadio IIIA alcanzaría el 67%.

Es cierto que desde el 20 de junio de 2013 existía información sobre el diagnóstico de cancer de mama, pero la actora o tuvo pleno conocimiento del alcance de las secuelas hasta la estabilización de las lesiones, en el caso fue necesario un vaciamiento axilar y se produjo el linfedema postquirúrgico. Por lo que aceptamos las conclusiones de la Sentencia fue en el momento en el que se dio el alta de la operación cuando la apelante tuvo conocimiento de las secuelas provocadas por el carcinoma padecido,por tanto, se produjo el 22 de enero de 2014, y la reclamación presentada el 20 de enero de 2015 estaría en plazo.

TERCERO.- Responsabilidad patrimonia por infracción de lex artis o por pérdida de oportunidad.

La Sentencia en cuanto a la fundamentación legal y jurídica es correcta, y por tanto, evitaremos innecesariamente reproducir el estudio legal y jurisprudencia, al que nos remitimos por ser adecuado. En cuanto a la diferenciación entre la infracción de la "lex artis" de la responsabilidad por "pérdida de oportunidad", debemos citar la La Sentencia del TS de 25 de

mayo de 2016, (Rec. 2396/2014) delimita cuando se produce una y cuando la otra, señalando que :" La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética.

La *STS , Sala de lo Contencioso , Sección: 4ª, 03/12/2012, (rec. 2892/2011*), resume gran parte de las sentencias existentes en torno a la pérdida de oportunidad y la define como " figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio." Una Sentencia del mismo Tribunal de de 6 de febrero de 2018, Rec. 2302/2016, sin embargo, señala que " *la aplicación de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad, como veremos, no puede estimarse que constituya una alternativa a la apreciación de la vulneración de la lex artis, sino concurrente con ella. Pero sobre todo, deberá concluirse que esa pérdida de oportunidad entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad de la Administración sanitaria y precisamente por las peculiaridades que la misma tiene, en cuanto que su fin no es el de la curación, en todo caso, sino a la prestación de la asistencia conforme al estado de la ciencia, como resulta delartículo 141.1º de la ya derogada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , vigente al momento de autos."*

En el caso de la apelante , el quid de la cuestión es delimitar si en este caso, y para esta paciente era o no necesaria una mamografía en el momento que se le detectó el bulto en ecografía (16 de abril de 2012-8 de mayo de 2012): o en el momento en que acudió a revisión(11 de septiembre de 2012). El resultado de la Sentencia apelada consistente en que no existe infracción de la "lex artis" porque :

1.- El informe pericial de parte no está elaborado por los especialistas en la materia, y los citados peritos se refieren a un protocolo de un hospital en Madrid.

2.- El informe no permite acreditar que la mamografía hubiese permitido la detección del carcinoma, ni que el nódulo originario fuera la fuente dle carcinoma detectado un año después

3.- Una detección precoz hubiera sin duda aluna evitado el resultado final sufrido por la recurrente.

4.- En el relato de asistencias médicas efectuados no se hace referencia a sintomatologái aluna relativa al nódulo mamamrio.

La Sentencia advierte que el problema es que la mamografía no era exigible según el protocolo del Centro Médico, en el caso, el Hospital Dr. Negrín, conclusión a la que llega la Sentencia apelada por las declaraciones de los médicos que la atendieron; que finalmente considera que hay perdida de oportunidad porque la citada mamografía según el protocolo del Hospital de La Paz en Madrid, sí que era exigible, y porque la administración contaba con otros métodos diagnósticos mamografía y PAAF de los empleados persistiendo la cirtidumbre sobre la eficacia de los mismos.

Pese al rigor y exhustivo estudio de la Sentencia, esta Sala no termina de comprender, como el mismo elemento "la mamografía", puede ser innecesario en un hospital y necesario en otro para una correcta atención médica. Es decir, la atención médica correcta debería ser universal al menos en el mismo territorio, sin que podamos admitir, que la paciente de haber sido atendida en Madrid tendría derecho a la responsabilidad patrimonial por mala praxis, y por haber sido atendida en Las Palmas únicamente tiene derecho a la responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad. Es decir, es necesario saber si la paciente fue atendida con todos los medios exigibles de acuerdo a las circunstancias que se presentaban en el caso.

Es por ello que debemos revisar en cuanto al fondo la Sentencia apelada y las pruebas aportadas.

SEGUNDO.- La apelante, doña , tenía 38 años cuando acudió por primera vez a su médico de familia, al haberse detectado un nódulo en el pecho, razón por la cual el citado médico la remitió a una consulta rápida al servicio correspondiente, el día 16 de abril de 2012.(folio 223). En el informe radiologíco se advirtió la existencia de un nodulo de 0,6cm sugestiva de quiste con contenido ecogénico. Recomendando un control clínico(8 demayo de 2012)

A los cuatro meses el médico de cabecera solicitó nuevamente una interconsulta el 16 de julio de 2012 acompañando el informe de mayo apuntando que solicitaba que se tuviese en consideración el informe de 8 de mayo que establecía la necesidad de seguimiento clinico y complementario de quiste de mama(folio 58).

La paciente acudió al Doctor Negrín el 11 de septiembre de 2012, lo único que consta es una nota clínica de consultas externa en la que se afirma que el "quiste de igual tamaño" y además " Alta"Es decir que se le dió el alta de su enfermedad con una exploración física (folio 189) .

A partir de ahí aparecen dos informes:

1.- El propio informe de la Inspección Médica, conclusión cuatro, lo adecuado era un seguimiento clínico como así se aconsejó por el radiólogo y en caso de modificaciones, nueva ecografía. "De haberse practicado revisión en Noviembre de 2012 mediante prueba diagnóstica con mayor probabidad se habría detectado la presencia del proceso tumoral, dado el estadio IIIA (localmente avanzado en que fue diagnosticado).

2.- El informe de parte señala que teniendo en cuenta la edad de la paciente más de 35 años y que se trata de un nódulo palpable de nueva aparición, los protocolos de actuación estipulados por la ciencia médica determinan claramente la necesidad de realizar inicialmente estudio de mamografía diagnóstica.

3.- Emitido por el servicio de cirugía que señala que en las pacientes jóvenes, " si la ecografía presenta dudas, es cuando debe complementarse con la mamografía, o mejor, con la Resonancia Magnética Nuclear o Incluso muchísmo mejor, con la punción -biopsia. Pero en este caso, para el radiólogo con una probabilidad dle 90% no existían dudas"

Lo cierto es que tras la ecografía realizada en mayo de 2012, lo que el radiólogo pautó fue un seguimiento clinico, y en el caso, su médico de familia lo solicitó pidiendo nueva revisión con tiempo suficiente en julio para que se hiciese. La cuestión trascendental es si en septiembre fue suficiente para detectar el tamaño y cambios del nódulo una palpación-exploración física, o hubiese sido necesario repetir la ecografía y, salir de dudas con una mamografía.

El nódulo o quiste siempre fue el mismo por muchas dudas que se intenten sembrar prueba de ello, es que el ginecologo privado cuyo informe obra en autos, informó de nodulo de mama retroaerolar izquierdo el 2 de marzo de 2012, folio 434. Por tanto, ni era de díficil localización, ni se trata de dos nódulos como se pretende en el informe obrante al folio 128 y 129 emitido por el radiologo. Siendo totalmente incomprensible que se pretenda que tanto la apelante como su ginecólogo palparon el nódulo existente en una localización profunda, estaba en una zona en la que fue advertido por la paciente una profana en la materia. Es el mismo nódulo, puesto que, el ginécolo privado lo describió en situación retroalveolar e izquierda en su informe y el el propio cirujano que realizó la revisión en septiembre de 2012 en su informe posterior de junio de 2013, folio 177, señala que " En abril de 2013 la paciente es remitida de nuevo por persistencia de la lesión palpable y se realiza nuevo estudio... observando cambios involutivos"

La conclusión es que la paciente, el médico de familia, y su ginécologo privado fueron en abril, julio y septiembre de 2012 por lo mismo, y de haberse practicado las pruebas diagnósticas correspondiente, la mamografía complementaria en abril o la repetición de la ecografía en septiembre, se podrían haber determinado exactamente el alcance de la lesión. Sin que pueda despitarnos de estos hechos las alegaciones respecto a que la mama era densa, precisamente nada de eso se dijo en el informe radiológico realizado en mayo de 2012, por lo que no alcanzamos a entender las alegaciones del informe del Servicio de cirugía. En cualquier caso el radiólogo recomendó el seguimiento clínico en mayo de 2012, y en consecuencia, el alta por el cirujano en julio de 2012 es totalmente incomprensible, porque la apelante seguía teniendo el nódulo o quiste.

Debemos añadir que no se ha aportado el protocolo médico del Hospital Doctor Negrín, por lo que quien tenía todas las facilidades para demostrar la innecesariedad de la mamografía, o de repetir la ecografía era la administración, no lo ha hecho. La paciente ha acudido al médico todas las veces necesarias, el médico de familia ha emitido las interconsultas en sus periodos correspondientes, y, entre abril de 2012 y 2013 ha pasado un año, sin que se haya emitido un diagnóstico acertado, y, por ello, estimamos que ha existido la infracción de la lex artis, al no dispensarse los tratamientos adecuados al conocimiento actual de la ciencia médica.

En Sentencias dictadas por el TSJ de Madrid en relación a casos similares se transcriben los informes de los Servicios de Inspección Médica en los que tal y como señala el perito de parte, se advierte de la necesidad de las pruebas de ecografía y mamografía como unidad de diagnóstico en casos de pacientes que se palpen nódulos y, por tanto, son necesarias ambas pruebas: " *2 Ante la cuestión esencial del presente caso, la actitud a seguir ante la aparición de un nódulo de mama palpable, los protocolos y Guías que tratan la cuestión (Oncoguía de mama 2008 del SNS; Oncosur 2007; Guía Grupo de Trabajo oncológico de centros*

hospitalarios del sur de Madrid -Guía Clínica SaludMadrid; Protocolo SEGO Cáncer de Mama: Diagnóstico 2005; Protocolo SEGO 2005 Patología Mamaria Benigna excluida galactorrea, entre otros) establecen:

Antes de señalar cual es la técnica complementaria que debe indicarse ante la presencia de mama sintomática, con signo de nueva aparición, la anamnesis y sobre todo exploración clínica completa bilateral y ganglionar no pueden faltar. Ante un nódulo o induración "se describirán los hallazgos teniendo en cuenta los siguientes parámetros: tamaño y forma, localización, movilidad superficial y profunda, dolor provocado y retracción provocada" y los datos de exploración axilar y supraclavicular...

A partir de ello, ante una mujer sintomática:

-Conforme a la Guía Oncosur -Comunidad de Madrid 2007, se indicará Mamografía diagnóstica en:

"Mujeres con síntomas-signos, mayores de 30-35 años, no aclarados con la evaluación clínica palpatoria".

"Mujeres con síntomas-signos, mayores de 30-35 años, no aclarados con la evaluación clínica palpatoria ni con la ecografía mamaria".

-En la Oncoguía de mama 2008, del Sistema Nacional de Salud, basada en el resto de guías del entorno occidental, en la Paciente sintomática (se recuerda que es signo capital muy frecuente la aparición de un nódulo descubierto por la paciente), la actitud establecida es:

Ante esa alteración a la palpación, de lo primero a considerar es la edad de la paciente: si cuenta con 35 o más años, es de indicación la realización de mamografía y ecografía.

(En la valoración de la patología mamaria SEGO considera a las dos pruebas como una Unidad diagnóstica)" -páginas 589-590 del expediente administrativo-."

(TSJ de Madrid 15 de junio de 2016, Rec. 306/20163, y la sentencia del mismo Tribunal 18 de junio de 2015, Rec.642/2013)

En suma, consideramos acreditada la infracción de la lex artis en el diagnóstico de la patología mamaria. A diferencia de la Sentencia apelada, consideramos que el nódulo era el mismo en abril de 2012 que en el año 2013; no se dispenso el tratamiento médico adecuado al no haberse realizado un diagnostíco con las pruebas adecuadas en los seis meses siguientes: mamografía en abril de 2012, o al menos repetir la ecografía en septiembre de 2012. Por último, restamos importancia al hecho de la falta de especialidad de los peritos de parte, considerando que la administración bien pudo aportar informes ginecológicos, en vez de los de Cirujanos.

CUARTO.- En cuanto a las lesiones por secuelas funcionales y esteticas los recurrentes reclamaban 103.828,49€ más 60.000€ por daños morales; mientras que la administración estaba dispuesta a reconocer una cantidad de 26.964,24€ por pérdida de oportunidad. La Sentencia apelada reconoció 60.000€ por daños morales.

En el caso debemos indemnizar por los daños sufridos por la recurrente al retrarse el diagnóstico, lo que ha provocado según el propio informe del Servicio de Inspección que hay un cambio en su expectativa de supervivencia. Tomando en consideración todos los datos y los informes presentados, esta Sala considera que una indemnización de 80.000€ es adecuada tomando en consideración que lo que indemnizamos es el retraso en el diagnóstico, y por tanto, las secuelas que la paciente tomando en consideración que si bien los daños estimamos acreditados hubiesen sido menores caso de haberse diagnosticada temporáneamente la enfermedad; parte de los resultados son consustanciales a la enfermedad y que además la puntuaicón otorgada por el perito de parte se va al máximo en la puntuación otorgada, desglosa las secuelas: linfedema, hombro doloroso, y limitación funcional del 20% del hombro; y no toma en consideración que el trastorno depresivo reactivo no especifica si es consecuencia únicamente del retraso en el diagnóstico o de la enfermedad en sí, asociada las colaterales que constan en el expediente médico como los problemas ginecológicos que se advierten de patología cervicial.

CUARTO.- En cuanto a las costas, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación número 260/2017 interpuesto por el Procurador don Francisco Bethencour Manrique de Lara, en representación de doña y en su lugar revocamos la Sentencia apelada reconociendo una indemnización de 80.000€

Desestimar el recurso de apelación presentado por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias.

Con imposición de costas a los litigantes vencidos.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el/la Ilmo. /a. Sr. /a. Magistrado/a Ponente de la misma, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la Sala doy fe.