

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2011/0169275

Procedimiento Ordinario 151/2011

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED] y otros 3

PROCURADOR D./Dña. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

[REDACTED] Insurance Europe Limited. Sucursal en Espana

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]



(01) 30144392080

SENTENCIA Nº 254/2014

Presidente:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D./Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

D./Dña. JOSÉ RAMÓN GIMÉNEZ CABEZÓN

En la Villa de Madrid a veintiocho de marzo de dos mil catorce.

VISTO el recurso contencioso administrativo número 151/2011 seguido ante la Sección X de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ, en nombre y representación de [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial, presentada en fecha 20.7.10 ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la asistencia prestada a [REDACTED]

NOTIF 14/ABRIL/2014

Habiendo sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID -SERMAS-, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase la resolución impugnada, con reconocimiento de situación jurídica individualizada.

SEGUNDO.- La Administración demandada, a través de su Letrada, contestó a la demanda mediante escrito en que suplicó se dictase sentencia desestimatoria del recurso, oponiéndose además a la cuantía indemnizatoria reclamada en autos.

Por su parte la codemandada, aseguradora de la Administración, instó asimismo una sentencia desestimatoria de la pretensión actora, con oposición también a la cuantía indemnizatoria reclamada.

TERCERO.- Fijada la cuantía litigiosa en la suma de [REDACTED] euros, conforme a la pretensión actora, y habiéndose acordado el recibimiento del proceso a prueba, se admite y practica la documental propuesta por las tres partes; se admite y practica la pericial instada por la parte actora, con ratificación ante la Sala, así como la testifical propuesta por dicha parte; y se admiten asimismo las periciales que aporta la codemandada, con ratificación asimismo en autos.

CUARTO.- Tras lo anterior, se abrió el oportuno trámite de conclusiones, que evacuaron todas las partes, cual obra en autos, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento.

Para votación y fallo del presente recurso se señaló finalmente la audiencia del día 26 de marzo de 2014, teniendo lugar.

QUINTO.- En la tramitación y orden de despacho y decisión del presente proceso se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN GIMÉNEZ CABEZÓN, Magistrado de la Sección 4ª de esta Sala, por sustitución, conforme al Acuerdo de la

Presidencia de la Sala de 21.02.14, subsanado en fecha 3.3.14.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial, presentada en fecha 20.7.10 ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, derivada de supuesta mala praxis sanitaria (error inicial de diagnóstico), por la asistencia prestada a [REDACTED], que inició la presente litis, siendo sustituida procesalmente por fallecimiento por los familiares ahora recurrentes, asistencia a dicha paciente que tuvo lugar en el Centro de Salud "[REDACTED]" de [REDACTED] y posteriormente en los Hospitales de [REDACTED] y "[REDACTED]" de Madrid, hasta su fallecimiento en fecha 26.12.11.

Significa, en síntesis, la parte recurrente en su reclamación en sede administrativa que fue tratada en diversas ocasiones en el Centro de Salud "[REDACTED]" de [REDACTED] de quemadura en zona crio en 2º dedo de la mano derecha, describiéndose la lesión existente como "verruga".

En fecha 8.5.07 y siguientes acudió al Hospital de [REDACTED], donde se pauta realizar biopsia, que descubre la existencia de un melanoma, siendo intervenida en fecha 24.5.07 de dicha lesión. La propia médico del Centro de Salud que la atendía consigna en fecha 17.5.07 en la historia clínica. lo siguiente: "Equivocación total. Era un melanoma...".

Desde entonces acude de forma reiterada al citado Hospital para diferentes controles e intervenciones, realizándose, en resumen, linfadenectomía axilar en fecha 14.6.07, con recidiva local en 4.12.08, diagnosticándose punch de piel muñón mano derecha, con infiltración dérmica extensa por un melanoma; en 7.1.09 se procede a amputación completa de 2º eje mano derecha, presentando nueva lesión en cara volar muñeca, intervenida en 3/09. En fechas 26.5.09 (dos tumoraciones) y 23.6.10 (tres tumoraciones en antebrazo) sufre nuevas intervenciones.

La negligencia acaecida, al diagnosticar y tratar inicialmente como verruga lo que era un melanoma, ha traído como consecuencia la existencia de un cáncer con metástasis que va en aumento.

La reclamación se cuantifica en la suma de [REDACTED] euros, que se obtiene de la aplicación de forma orientativa del baremo para accidentes de tráfico de la Ley 30/95, recogiendo incapacidad temporal ([REDACTED] días de baja impositiva, con factor de corrección del 10% por edad laboral, por un total de [REDACTED] €), secuelas permanentes [REDACTED] puntos, por importe de [REDACTED] €) y factores de corrección por edad laboral y incapacidad absoluta, con posible agravación ([REDACTED] €).

SEGUNDO.- Fundamenta la actora su pretensión en demanda, en síntesis bastante, en lo que sigue, además de lo ya expuesto en sede administrativa:

1.- Respecto del proceso asistencial , añade el tratamiento a la fecha de la demanda (6.7.11) en el Hospital "G. [redacted]" (Oncología), existiendo ya metástasis en todo su cuerpo, con afectación de órganos vitales , conforme a informe de 30.3.11 del Hospital de [redacted] , proponiéndose ensayo con inhibidor de BRAF en ensayo abierto en dicho primer Hospital citado.

2.- Conforme al informe de la Inspección Médica, se reconoce la existencia del error de diagnóstico inicial, señalando una demora de 8-9 semanas de demora del diagnóstico correcto, cuando en realidad la paciente llevaba quejándose de la lesión 8-9 meses, según manifestó al acudir al Hospital en fecha 9.5.07, sin saber lo que estaba ocurriendo, cual consta en la historia clínica.

3.- De haberse diagnosticado a tiempo y puesto los medios adecuados, a su tiempo, el melanoma hubiera sido extirpado y no hubiera dado lugar al cáncer padecido, concurriendo así los requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial en la asistencia prestada.

4.- Se sigue reclamando la misma indemnización que en sede administrativa, en razón de congruencia, aun cuando los daños son muy superiores, dado el riesgo vital existente, reclamando de la aseguradora los intereses del artº 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Frente a lo anterior la Letrada de la Comunidad de Madrid se opone a la demanda, por entender que no concurren los requisitos legales para la exigencia de responsabilidad patrimonial alguna, y estima asimismo excesiva la cantidad solicitada como indemnización, debiendo en su caso moderarse por el Tribunal

La aseguradora, codemandada en autos, insta asimismo la desestimación de la demanda actora, significando en resumen que:

1.- La demora diagnóstica fue de 8-9 semanas y no de 8-9 meses, extendiéndose al respecto a la vista de los informes médicos existentes en autos, llegando a la conclusión de que la paciente consultó inicialmente por su lesión a primeros de marzo de 2007, habiendo manifestado la paciente en fecha 8.5.07 en el Hospital que la lesión había ido en aumento desde hacía tres meses.

2.- No resulta posible determinar si tal retraso en el diagnóstico ha significado una progresión de la enfermedad para su evolución posterior, suponiendo una pérdida de oportunidad terapéutica para la paciente, cual concluyen el informe de la Inspección Médica y el informe pericial que acompaña esta parte en su contestación a la demanda.

3.- No procede indemnización alguna, siendo desproporcionada la reclamada, cuyos conceptos refuta en buena medida, señalando que, en su caso y a efectos dialécticos, deberá valorarse la pérdida de oportunidad.

4.- Se opone por último a los intereses reclamados en su contra, que no proceden en esta vía jurisdiccional utilizada.

Mediante escrito presentado en fecha 8.6.12 , en que se insta la referida sustitución procesal, se acompaña informe de alta hospitalaria de fecha 28.12.11, donde se recoge el fallecimiento de la paciente por progresión de su enfermedad de base (melanoma acral BRAF nativo, cKIT nativo estadio IV, en progresión a DTIC e ipilimumab).

TERCERO.- El artículo 106.1 de la Constitución dispone que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta previsión constitucional tiene su desarrollo normativo en el artículo 139 de la Ley 30/1992, que establece: "1.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. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas...".

Esta normativa es interpretada en un supuesto de reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de atención sanitaria, por la STS, Sección Sexta de la Sala Tercera de 9 de diciembre de 2008 EDJ2008/234663 en los siguientes términos: "...el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006 EDJ2006/6483 , sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mcra titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración. (Ss. 14-10-2003 EDJ2003/147182 , 13-11-1997).

La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994 EDJ1994/3532 , que cita las de 19 de enero EDJ1988/271 y 7 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989 EDJ1989/5487 , 8 de febrero de 1991 EDJ1991/1317 y 2 de noviembre de 1993 EDJ1993/9811 , según la cual: "esa

responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 EDJ2000/42004 y 30-10-2003 EDJ2003/147202).

Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 EDJ2002/49841 , por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 EDJ2001/65652 , señala que: "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto."...".

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , corresponde al demandante "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y corresponde al demandado "la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

La jurisprudencia (STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005 , de 9 de diciembre de 2008 , de 30 de septiembre , 22 de octubre , 24 de noviembre , y 18 y 23 de diciembre de 2009 , y las que en ellas se citan) han precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia

médica, de forma que, no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa, si bien tales exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo.

Pero una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico y el nexo causal entre este y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la "lex artis", por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica, si bien no faltan sentencias en las que, sin excluir el principio de facilidad probatoria, se indica que la prueba de un mal uso de la "lex artis" corre a cargo de quien reclama, aunque en ellas se considera la prueba de presunciones como un medio idóneo de justificación de este mal uso, en concreto, cuando el daño sufrido por el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, en cuyo caso cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la "lex artis" (sentencias de 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004).

Aunque lo anterior parece dar la razón a quien reclama cuando afirma lisa y llanamente que en todo caso corresponde a la Administración la carga de probar que no existió mala praxis, es lo cierto que esta tesis carece de la trascendencia que se le pretende atribuir porque previamente incumbe a la parte actora la de acreditar la antijuricidad del daño, y ello lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las circunstancias del caso, los Servicios Públicos Sanitarios no adoptaron los medios a su alcance.

De otra parte, es claro que, si la Administración invocara la existencia de fuerza mayor o, en general, la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de su responsabilidad, es ella la que debe acreditar el hecho, para que tal causa de exoneración resulte operativa.

QUINTO.- Debemos pues determinar en estos autos si la inicial asistencia sanitaria prestada a la paciente , y, en concreto, dado el planteamiento actor, la asistencia prestada en sede de atención primaria fue en definitiva acorde o no a la lex artis ad hoc, teniendo en su caso relación de causa-afecto con el resultado final que determinó el posterior fallecimiento de la misma.

Pasando ahora al proceso asistencial acontecido en lo relativo al tratamiento dado en sede ambulatoria, que es lo relevante aquí, pasamos a recoger en primer lugar el informe emitido en fecha 11.8.10 por la facultativo Dra. [REDACTED], que atendió a la paciente y que además ha testificado en autos, a solicitud actora:

"Paciente de 55 años atendida en consulta médica del C.S. [REDACTED] en marzo 2007 por

lesión verrugosa en segundo dedo de mano derecha. Con el diagnóstico de verruga vulgar se realiza tratamiento con crioterapia, tratamiento habitual para este diagnóstico. Durante el mes de Marzo la paciente acudió en dos ocasiones a consulta, fuera de su horario habitual (por lo que no consta en los registros del centro) para realización de crioterapia. Se le facilitaron estas citas para evitar que tuviera que ausentarse de su trabajo repetidamente.

Tras la crioterapia la evolución no fue favorable puesto que se produjo una lesión ampollosa en zona que sugiere diagnóstico de quemadura postcrioterapia y es tratado ambulatoriamente a lo largo del mes de Abril.

Al no mejorar, la paciente decide acudir a urgencias donde es valorada por el servicio de dermatología y diagnosticada posteriormente, tras los estudios pertinentes, de melanoma.

Actualmente continúa en seguimiento por el servicio de dermatología."

A este respecto, debe añadirse que en la testifical practicada dicha Dra. admite, aunque siempre en términos de posibilidad, que la paciente pudiera haberle consultado al respecto en el mes de enero de 2007, aunque no antes, parece, siendo la primera crioterapia realizada posiblemente a comienzos de 2007, no ya en marzo de dicho año, cual recoge en su informe.

Dicha Dra., en definitiva, admite su error de diagnóstico, a la vista de las pruebas realizadas en el Hospital, si bien significa que atendió en todo momento en su actuación asistencial a las circunstancias del caso, conforme se le iban presentando.

SEXTO.- Pues bien, en estos casos, se está ante una cuestión eminentemente técnica y como los Tribunales carecen lógicamente de los conocimientos técnico-médicos necesarios, deben apoyarse necesariamente en las pruebas periciales que figuren en los autos, sin olvidar los informes técnicos que puedan haber sido incorporados al proceso, a través de su incorporación en el expediente administrativo, dado que el valor de los mismos tampoco puede ser descartado para la resolución del conflicto planteado, al aportar conocimientos y datos precisos sobre lo acontecido respecto a la atención médico-sanitaria prestada al paciente.

En este sentido contamos en autos con el informe de la Inspección Médica, la prueba pericial aportada por la codemandada (dos informes), y la pericial forense practicada a instancias de la actora, todas ellas ratificadas en autos, previa citación al efecto en la misma sesión.

Pues bien, la Inspección Médica, en informe realizado a la vista de la reclamación presentada y la historia clínica, por lo que ahora nos importa, señala lo que sigue, en su

apartado de juicio crítico:

"El fundamento de la reclamación formulada por ██████████ se concreta en el Hecho Undécimo de su escrito en el que, como resumen, expone [Coq:

"Y decimos que si se hubiera diagnosticado correctamente a su tiempo y tratado correctamente, NO EXISTIRÍAN LAS LESIONES ACTUALES, QUE VAN EN AUMENTO, LA NEGLIGENCIA ES CLARA."

La cuestión aquí no es evidenciar el error diagnóstico, que es obvio se ha producido. El elemento a determinar es el tiempo perdido y en qué medida éste habría, en su caso, condicionado el curso de la enfermedad, en definitiva, si ha existido pérdida de oportunidad. El tiempo perdido comprendería el periodo desde que se produce el error y el momento en que se establece el diagnóstico de sospecha que permite el estudio de la lesión, su confirmación y el inicio del tratamiento (Nota: no se considera la fecha de confirmación histológica -14/05/07- ya que el tiempo de espera para obtener el resultado hubiera existido en todo caso, con independencia de la fecha de consulta).

•La fecha de diagnóstico puede situarse bien en el 08/05/07 o bien en el 09/05/07. La primera fecha, cuando acude al Sº de Urgencias, porque es evidente que la lesión "no gustó" a facultativo y por ello remite a Dermatología. La segunda, corresponde a la de valoración por el Sº de Dermatología y se establece formalmente la sospecha de melanoma.

En cuanto a la fecha del error la Dra. ██████████, MAR, expone en su informe [02] lo siguiente:

"..durante el mes de marzo del año 2007, presenta una lesión de aspecto verrugoso en menos de 5mm de diámetro en el 2º dedo de su mano derecha o que sugiere diagnóstico de verruga vulgar'. Se inicia tratamiento con crioterapia ambulatoria;

Durante el mes de marzo la paciente acudió en dos ocasiones a consulta, fuera de su horario habitual (por lo que no consta en los registros del centro) para la realización de crioterapia. Se le facilitaron estas citas para evitar que tuviera que ausentarse de su trabajo repetidamente.

En el mes de abril, el 13/04/07, presenta lesión ampollosa que parece corresponder con quemadura con frío. Dejo de efectuar crioterapia y le inicio, junto con la enfermera, curas focales con pomada antibiótica y antibiótico por vía sistémica. Continúa curas en su domicilio.

A mediados de mayo/2007, y ante la persistencia de la lesión (...) acude espontáneamente al Hospital de ██████████, a Urgencias Generales, donde es diagnosticada de melanoma".

Dado que las sesiones de crioterapia se realizan a intervalos de 3-4 semanas, lo señalado por la Dra. ██████████ es coincidente con lo manifestado por la Sra. ██████████ al Sº de Dermatología el 09/05/07. Este día, la paciente informó que la última sesión de crioterapia (se dieron dos) se había aplicado mes y medio antes, esto es, en la 4ª semana de marzo. Con arreglo a ello podemos situar la primera sesión, y con ella la fecha aproximada del error diagnóstico, en la semana de marzo de 2007. El tiempo perdido computado es pues de 8.9 semanas.

Sorprende que la MAP considerara la aparición de una lesión ampollosa como quemadura

de la crioterapia cuando la última sesión se había realizado mes y medio antes. La crioterapia consiste en la aplicación de frío para producir una destrucción controlada de tejida y, lo normal tras su aplicación es la aparición sucesiva de: urticarización (por liberación de histamina), edema (máximo a las 12-24h), vesiculación a las 12-24h (la ampolla suele romperse a las 48h sin dejar cicatriz), costra y regeneración celular. La quemadura por crioterapia suele aparecer a las pocas horas como ampollas con/sin sangre e incluso necrosis de la zona afectada.

Evidentemente la [REDACTED] difiere en cuanto a la demora. También en el Hecho Primero de su escrito expone:

"Esta parte venía quejándose de esta lesión en su dedo, desde hacia unos 8 a 9 meses, siendo que la citada doctora no había dado importancia a esta lesión cutánea (...)"

La paciente no aporta prueba -en su escrito no reseña consultas previas por este motivo-, ni consta referencia alguna en la historia clínica.

Sabemos que la paciente, al acudir al hospital (08 y D9/05/07), refirió la aparición 8 o 9 meses antes, de una mancha, que ella definió "como un lunar," de dimensiones mínimas ("puntiforme"). El sentido común nos dice que muy improbable que una lesión de estas características pueda ser motivo de una consulta médica (máxime en esta paciente que, para no faltar al trabajo, solicitó aplicarse las sesiones de crioterapia fuera del horario de consulta). Parece más razonable pensar que acudiera cuando la lesión aumentó de tamaño y modificó su aspecto. Dado que estos cambios se iniciaron y progresaron (como ella también informó) 3 meses antes de acudir al hospital, esto es, durante el mes de febrero parece lógico que lo consultara con la MAP, como anteriormente se ha deducido, a primeros de marzo.

Según expone la MAP en su escrito, cuando la paciente consulta observa una lesión de aspecto verrugoso de menos de 5 mm de diámetro que considera compatible con una verruga vulgar. La lesión evidentemente correspondía al nódulo cuya presencia es indicativa de la fase de crecimiento vertical en el melanoma de extensión superficial, variedad de que padece la Sra. [REDACTED], según posteriormente se evidenció. Desde luego, ateniéndonos a las manifestaciones de la paciente el tránsito pudo haberse iniciado en el mes de febrero, pero también pudo haber sucedido con anterioridad y no hacerse evidente hasta ese momento. Otro factor a considerar es que el hecho de que el melanoma se encuentre en fase de crecimiento radial disminuye, pero no excluye, su capacidad de metastatizar.

Establecida la demora diagnóstica en 8-9 semanas, señalar que la mayoría de textos consultados establecen la duración la fase de crecimiento radial del melanoma de extensión superficial entre 6 meses y 7 años (en algún caso entre "pocas semanas y 10 años") pero no se han encontrado cuantificaciones sobre la duración de la fase de crecimiento vertical ni de su velocidad de profundización en el tiempo (únicamente que es "más rápida"), por lo que no me es posible establecer en qué medida este retraso diagnóstico determinó, si es que lo hizo, una progresión de la enfermedad significativa para la evolución posterior."

Dicha Dra. se ratifica en autos en su informe, no añadiendo nada nuevo de relieve al

efecto.

Por su parte la pericial de especialista en dermatología aportada por la aseguradora nos señala lo que sigue:

"En éste caso, analizando las fechas de visita a su centro de Atención Primaria, y cotejándolas con la Historia Clínica referida en informes posteriores, podemos establecer que la consulta a su MAP acerca de una lesión en el 2º dedo de la mano derecha, se realizó por primera vez en el mes de Marzo, sin que exista constancia de ninguna consulta anterior por ese motivo.

A ésta conclusión llegamos basándonos en el informe de Consultas Externas, donde, con fecha 09/05/07 se expone que "...se ha realizado tto. En su centro de salud con crioterapia (última hace mes y medio)..." y en el informe que realiza la Dra [REDACTED] (MAP) que expone "Durante el mes de Marzo la paciente acudió en dos ocasiones a consulta (...) para la realización de crioterapia". Luego, si el 09/05/07 la paciente confirma que la última sesión de crioterapia se realizó mes y medio antes, es decir la 3a-4a semana de Marzo, y sabemos que se hicieron dos tratamientos, y el intervalo entre los tratamientos de crioterapia se establece en 3-4 semanas, el primer tratamiento se realizó en la semana de Marzo, en la misma consulta en que la MAP estableció el diagnóstico erróneo.

No obstante, es destacable una diferencia a la hora de describir la evolución entre el informe de alta de Urgencias, de fecha 08/05/07, que dice "paciente que presenta lesión necrótica en 2º dedo de mano D que ha ido en aumento desde hace 3 meses" y el informe de Consultas Externas, de fecha 09/05/07, que indica "...lesión maculosa pigmentada en 2º dedo de mano derecha hace 8-9 meses, que ha ido aumentando de tamaño). En base a esto, interpretamos que la lesión se inició hacia 8-9 meses, y en los últimos 3 meses la paciente había detectado su crecimiento, esto es, en el mes de Febrero de 2007, por lo que consultó a su MAP en el mes de Marzo siguiente.

En su informe, la MAP describe la lesión como "...de aspecto verrugoso...", sin hacer ninguna mención a su posible pigmentación; las lesiones verrugosas se caracterizan clínicamente por tratarse de lesiones excrecentes, sobreelevadas. La importancia de ésta descripción radica en que, mientras un melanoma se encuentra en su fase de crecimiento radial (momento en que la probabilidad de diseminación y metástasis es muy rara, y por tanto, el pronóstico es excelente), únicamente va creciendo en diámetro, pero no invade estructuras en profundidad hasta que comienza su fase de crecimiento vertical. En éste momento, una vez superada la barrera dermo-epidérmica, alcanza los plexos capilares de la dermis, y a través de éstos puede producirse la diseminación de las células tumorales, y por tanto, la aparición de metástasis locales o a distancia. Las manifestaciones clínicas de ésta fase de crecimiento vertical son la aparición de nódulos, lesiones sobreelevadas, ulceración, sangrado, etc.

A la vista de los informes hasta ahora mencionados, la lesión estaba presente desde 8 o 9 meses antes de la extirpación, y la paciente detectó su crecimiento en Febrero (es decir, detectó la fase de invasión en profundidad que se habría iniciado antes, aunque, dado que no podemos conocer la velocidad de invasión en profundidad del tumor, tampoco podemos

establecer cuánto tiempo antes había comenzado esta fase), y acudió a la consulta de su MAP en Marzo, que objetivó la presencia de una

lesión verrugosa (sobreelevada), que erróneamente la diagnosticó y trató como verruga vulgar.

Posteriormente la paciente acudió a realizar curas de la lesión tratada con crioterapia en su c. salud, y ante la mala evolución, acude a Urgencias desde donde es remitida a Dermatología, donde se diagnostica y biopsia la lesión, que en ese momento se describe como "...placa marronácea costrosa..."

Finalmente, los estudios anatomopatológico y de extensión posteriores muestran un melanoma de extensión superficial estadio IIIA : T4bN1aMO.

Por aclarar los términos del estadiaje de tumores, comentar lo siguiente:

T4b: Hace referencia al espesor tumoral (T), en este caso >4mm (4) y ulcerado (b)

N1a: Hace referencia al número de ganglios afectados (1) con micrometástasis (a)

MO: Hace referencia a la presencia de metástasis, loco-regionales o a distancia.

El estadio III incluye cualquier T, es decir, cualquier espesor tumoral con afectación ganglionar, y el IIIA que presentaba la paciente tiene un índice de supervivencia aproximado del 66% a 5 años.

Si no hubiera presentado, en el momento de la extirpación, un ganglio afectado estaríamos hablando de un estadio IIC: T3bNOMO (tumor de 2,01 a 4 mm de espesor sin adenopatías ni metástasis), que cuenta con un índice de supervivencia a 5 años en torno al 65%.

Luego, lo más importante a la hora de establecer una diferencia en el pronóstico en base a esas 8-9 semanas en las que se retrasó el diagnóstico, sería poder saber si en el mes de Marzo, cuando la paciente consulta a su MAP, esa afectación ganglionar ya se había producido, o, por el contrario, fue posterior.

Desgraciadamente, la única forma posible de certificar su existencia o no, hubiera sido realizar la extirpación y posterior estudio en el mes de Marzo, cosa que no se hizo hasta 8-9 semanas después, pero, aunque no podamos asegurar la presencia de un ganglio afectado ni su ausencia en el mes de Marzo, sí podemos decir, a partir de los datos clínicos que los diferentes informes aportan, que ya se daban las circunstancias necesarias para que esto ocurriera."

La segunda pericial aportada por la codemandada, realizada por médico no especialista en la materia, se limita a recoger en este punto en resumen lo indicado en el informe anterior, con alguna variación menor, ratificándose ambos peritos en autos en su dictamen en la comparecencia realizada al efecto.

Respecto por último de la pericial forense, practicada en las actuaciones por especialista en oncología médica, y en relación con la evolución de la paciente, realiza las siguientes consideraciones en cuanto aquí interesa:

Dña V. [REDACTED], de 52 años de edad y sin antecedentes de interés, es diagnosticada en su CS [REDACTED] en abril/07 de una verruga en el 2º dedo de

la mano derecha. Se trata inicialmente con crioterapia y cremas locales. Pero la evolución no es buena y el día 8/5/2007 la paciente acude a Urgencias del Hospital de Fuenlabrada, donde se diagnostica de probable melanoma y se toman biopsias que lo confirman.

Después de descartar enfermedad a distancia, se lleva a cabo la amputación de la falange distal del 2º dedo de la mano derecha. El diagnóstico AP confirma la existencia de un melanoma de extensión superficial (14,5mm) en fase de crecimiento vertical, nivel V de Clark, Breslow de 4,9 mm, que se sitúa a 10,6 mm del margen de resección. Estadio pT4a N1a MO (IIIA). El hecho de que el diagnóstico se produjera en fase de crecimiento vertical implica un estadio avanzado de enfermedad, que llevaba desarrollándose durante bastante tiempo (la fase de crecimiento radial suele durar meses o años). Además, en esta fase (vertical) el crecimiento es muy rápido.

Es evidente que el médico de atención primaria comete un error diagnóstico inicial al considerar la lesión como una verruga vulgar (como ella misma reconoce en la Historia Clínica), pero lo cierto es que es muy probable que el melanoma llevara desarrollándose mucho tiempo (puede que meses o años) antes de que la paciente consultara a su CS (el 13/4/2007). Esta es la primera fecha que consta en la Historia Clínica en la que se hace referencia a la lesión cutánea (verruga), por lo que entiendo que es la primera vez que la paciente consulta por este motivo. Desde esta fecha hasta que paciente es diagnosticada de forma correcta, cuando acude a Urgencias del Hospital de Fuenlabrada el día 8/5/2007, transcurren apenas 4 semanas."

Dicha perito ratifica en autos su informe, si bien matiza que, de ser mayor el retraso en el diagnóstico del tumor (en su informe sólo considera 4 semanas, a la vista de la historia clínica), sus conclusiones podían haber variado, respecto del tratamiento y posterior desarrollo de la lesión.

SÉPTIMO.- A la vista de lo anterior, y para solventar la presente litis, hemos de recoger ahora las conclusiones de los diversos informes aportados a autos, lo que verificamos cual sigue.

La Inspección Médica concluye simplemente en que se verifica error de diagnóstico, no ajustándose la actuación de la médico de cabecera a la lex artis.

La pericial de la codemandada (dermatóloga) señala por su parte lo que sigue:

"1 Que la paciente presentaba una lesión en 2º dedo de la mano derecha 8-9 meses antes de acudir a la consulta de Dermatología en Mayo de 2007

2 Que en Febrero de 2007 detecta crecimiento de la lesión y acude a su MAP en Marzo de 2007 quien erróneamente diagnostica y trata la lesión como verruga.

3 Que en Mayo de 2007 acude al Hospital (8-9 semanas después de consultar a su MAP) y allí se diagnostica un melanoma de extensión superficial estadio IIIA: T4bN1aMO

4 Que no podemos establecer la fecha exacta en que el melanoma comenzó su invasión en

profundidad, pero sí situarla próxima a Febrero de 2007, en que se detectó el crecimiento.

•

5 Que la MAP describe la lesión vista en Marzo como verrucosa, (esto es, sobreelevada) lo que indica que ya estaba en fase de crecimiento vertical, hacia la profundidad de la dermis, y por tanto, ya tenía la oportunidad de diseminarse.

6 Que dado que el tratamiento y estudio de extensión no se realizaron hasta el mes de Mayo de 2007, resulta imposible saber si había afectación ganglionar en Marzo de 2007 o no. Únicamente podemos decir que se daba el crecimiento tumoral necesario para que la hubiera.

7 A la vista de lo anterior, no es posible determinar si el retraso de 8-9 semanas en el diagnóstico y tratamiento ha supuesto o no un cambio en la estadificación de su tumor, y por tanto, en su pronóstico."

De modo muy semejante la segunda pericial de dicha parte establece las siguientes conclusiones:

1.- Que la paciente detectó crecimiento de la lesión en febrero de 2007 y acudió a MAP en marzo de 2007, siendo diagnosticada erróneamente de verruga vulgar por encontrar una lesión excrescente / sobreelevada.

2.- Que en mayo de 2007 acude al Hospital (8-9 semanas después de consultar a su MAP) y allí es diagnosticada de melanoma de extensión superficial estadio IIIA: T4bN1aMO.

3.- Que no podemos establecer la fecha exacta en que el melanoma comenzó su invasión en profundidad, pero sí situarla próxima a febrero de 2007, momento en que se detectó su crecimiento.

4.- Que la MAP describe la lesión vista en Marzo como verrucosa, (esto es, sobreelevada) lo que indica que ya estaba en fase de crecimiento vertical, hacia la profundidad de la dermis, y por tanto, ya tenía la oportunidad de diseminarse.

5.- Que dado que el tratamiento y estudio de extensión no se realizaron hasta el mes de Mayo de 2007, resulta imposible saber si había afectación ganglionar en Marzo de 2007 o no, pero sí podemos decir que se daban las circunstancias de crecimiento tumoral necesario para que la hubiera.

6.- Que desde el punto de vista de la VDC y a la vista de lo anteriormente expuesto, parece que el retraso de 8-9 semanas en el diagnóstico y tratamiento no ha supuesto un cambio significativo en la estadificación del tumor, su evolución y su pronóstico.

7.- Que por todo ello estimo 56-63 días como período de sanidad y no estimo secuelas derivadas del error diagnóstico inicial.

Por último la perito forense concluye su informe cual sigue:

"1. El MAP comete un error diagnóstico inicial al considerar como verruga vulgar lo que realmente era un melanoma.

2. *El tiempo transcurrido desde el error diagnóstico inicial hasta que se lleva a cabo el diagnóstico correcto es de apenas 4 semanas.*
3. *El diagnóstico se lleva a cabo en un estadio localizado (sin metástasis a distancia), pero avanzado (fase de crecimiento vertical), o que nos indica que el melanoma llevaba mucho tiempo en desarrollo (puede que meses o años) y es muy poco probable que un retraso en el diagnóstico de unas 4 semanas pudiera determinar un cambio en el pronóstico (una vez alcanzada la fase vertical).*
4. *Los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y de seguimiento posterior llevados a cabo a partir del diagnóstico, se ajustaron a los estándares de la práctica clínica habitual y a lex artis."*

Asimismo, dada la ya citada ratificación de los peritos ante la Sala y las conclusiones de las partes en autos hemos añadir lo que sigue.

Cual señala la perito forense lo importante es el estadio de crecimiento del melanoma (si era superficial o vertical), no existiendo datos al efecto, ni a finales del año 2006, ni a principios del año 2007.

Asimismo de la prueba practicada, apreciada en su conjunto, no es posible determinar en qué medida el retraso en el diagnóstico determinó, en su caso, una progresión de la enfermedad significativa para su evolución posterior, siendo así que el melanoma podía llevar mucho tiempo en desarrollo, y siendo además poco probable (pero no descartable en modo alguno) que el retraso en el diagnóstico, que pudo hacerse, parece, cuanto menos desde primeros de marzo de 2007, y, a lo más, en enero de dicho año, a tenor de lo actuado en autos, pudiera determinar un cambio en el pronóstico y tratamiento de la dolencia.

OCTAVO.- Así las cosas, entendemos prudencialmente, en concordancia con los dictámenes clínicos emitidos y ratificados/ ampliados en autos, que en el caso litigioso se ha producido una cierta pérdida de oportunidad por no haberse realizado un diagnóstico más temprano, si bien sin acreditación de que ello hubiera evitado la mala evolución progresiva de la lesión, cual se desprende del conjunto de la prueba practicada, por lo que hemos de acudir a la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 septiembre de 2011, se recuerda que aquella definía la doctrina de la pérdida de la oportunidad en los siguientes términos:

<< Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una 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. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)>> .

También la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por indebido retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que "(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2 º) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ6º], 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»"

Esa privación de expectativas que la jurisprudencia denomina " pérdida de oportunidad ", es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral, y así se declara, entre otras, en la sentencia Tribunal Supremo 3 noviembre 2012 , con cita de la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se remitía a la de 24 de noviembre de 2009 , a que anteriormente hemos hecho referencia y transcrito en parte, en las que queda claro que para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el daño directamente causado, sino por la pérdida de oportunidad sufrida.

En estas circunstancias, el resarcimiento del daño moral indemnizable padecido por la recurrente carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria(por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997).

Como dice la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755 / 2010), la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Pues bien en este caso, y cual recoge toda la prueba practicada hay ciertamente un inicial error de diagnóstico, sin que, no obstante, pueda determinarse con certeza que, dado el momento de aparición y debida constatación del melanoma en un estadio avanzado (que se sitúa razonablemente en marzo de 2007, o incluso, a lo más, en momento anterior-enero 2007-), ello tuviera consecuencias de convergadura en su tratamiento y evolución posterior, motivando en definitiva de una u otra forma la finalmente fatal evolución posterior.

Se trata de valorar pues una pérdida de oportunidad, en los términos señalados.

Así las cosas, atendiendo a las anteriores consideraciones y a los criterios de la Sala en supuestos precedentes, fijamos como indemnización, a tanto alzado, valorando todas las circunstancias concurrentes en el caso, la cantidad [REDACTED], que se fija en términos aproximativos al 35% de las cuantías básicas fijadas en dicho baremo legal orientativo para el fallecimiento (RD Leg. 8/04, de 29-10), dadas las circunstancias y evolución final del caso, cuantía ya actualizada a este momento de dictar sentencia, correspondiendo al esposo la suma [REDACTED] al hijo [REDACTED] la cantidad [REDACTED] y el resto, por partes iguales, a las dos hijas, dada la edad de los descendientes a la fecha del óbito.

NOVENO.- Por último, cual venimos señalando en supuestos precedentes, tampoco procede la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que se reclama por la parte actora, dado que no se aprecia por su parte que se haya incurrido en denegación del pago de la indemnización en causa no justificada y tienen en cuenta también que el Tribunal Supremo considera que puede entenderse inexistente la obligación de indemnización por demora cuando resulta necesario el reconocimiento judicial del derecho del perjudicado frente al asegurado por tratarse éste de la Administración.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2006, fundamenta su criterio en el número 8 del citado artículo 20, el cual establece que «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable», ante lo que el Tribunal Supremo considera que puede entenderse inexistente la obligación de indemnización por demora cuando resulta necesario el reconocimiento judicial del derecho del perjudicado frente al asegurado por tratarse éste de la Administración.

DÉCIMO.- Todo lo expuesto lleva a la estimación parcial del recurso actor, en los términos señalados, sin que proceda pronunciamiento en materia de costas, al no haber méritos bastantes para ello (artº 139.1 LJCA, en la redacción precedente, dada la fecha de interposición del presente recurso-16.2.11-).

En su virtud, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confieren la Constitución y el pueblo español

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo 151/11, interpuesto por [REDACTED] contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial, presentada en fecha 20.7.10 ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la asistencia prestada a Dª V. [REDACTED], actuación administrativa que se revoca y anula por resultar contraria a Derecho, con reconocimiento a los recurrentes del derecho a una indemnización en la suma actualizada [REDACTED], conforme al fundamento jurídico 8º, párrafo último, de esta resolución, a cuyo abono se condena solidariamente a los codemandados.

2º.- **DESESTIMAR** el presente recurso en todo lo demás.

3º.- No procede pronunciamiento alguno en las costas del presente recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma NO cabe interponer recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo (artº 86 LJCA).

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. JOSÉ RAMÓN JIMÉNEZ CABEZÓN, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Secretario, certifico el día 10/04/2014.

