



SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE JUSTICIA

NOT 20-5-14

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

ALBACETE

N11650

C/ TINTE, 3 2ª PLANTA
967 19 25 77

N.I.G: 02003 45 3 2013 0000208

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000096 /2013 /

Sobre ADMINISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

De D/ña: [REDACTED]

Letrado: IGNACIO MARTINEZ GARCIA

Procurador Sr./a. D./Dña:

Contra D/ña: SESCOAM, ZURICH ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña:

SENTENCIA Nº 113

En ALBACETE, a trece de Mayo de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. GUILLERMO B. PALENCIANO OSA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de ALBACETE, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 96/2013 instados por Dª. [REDACTED] [REDACTED] representada y defendida por el letrado D. Ignacio Martínez García, siendo demandado el SESCOAM y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 01/04/2013 tuvo entrada en el decanato de estos juzgados, siendo posteriormente repartido a este órgano judicial, escrito de interposición de recurso contencioso - administrativo, que fue registrado con el número de procedimiento ordinario antes referido. Admitido a trámite el recurso, se reclamó de la administración demandada el expediente administrativo, el cual, tras ser recibido por el juzgado, fue puesto a disposición de la parte actora para que formalizase demanda, lo cual verificó.

SEGUNDO.- Que en su escrito de demanda la parte actora, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho en que basaba sus pretensiones, solicitaba del juzgado dictase sentencia en la que, con estimación de la presente demanda, declarase según el suplico de la misma.

TERCERO.- Que por este juzgado se tuvo por formalizada la demanda y se confirió traslado de la misma a la administración demandada para que la contestase en el plazo de veinte días, lo que verificó con el resultado que ofrecen los autos, y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de pertinente aplicación, suplicaba del juzgado que dictase Sentencia por la que se desestimase el recurso y las pretensiones del actor, y se declarasen ajustadas a derecho las resoluciones objeto de impugnación.

CUARTO.- Evacuado este trámite, se tuvo por contestada la demanda, y llevado a cabo el trámite de conclusiones escritas, se declaró el juicio concluso para dictar sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El presente procedimiento se inicia por recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Ignacio Martínez García en defensa y representación de D^a [REDACTED] contra la desestimación por silencio administrativo por parte del SESCAM de la reclamación de responsabilidad sanitaria presentada por la recurrente de 16 de julio de 2012. Con el escrito de demanda se concretan por la recurrente los hechos y los fundamentos de derecho en los que viene a sustentar su reclamación indemnizatoria, y que, en síntesis, se pueden resumir en los daños sufridos y que manifiesta seguir sufriendo que tendrían su origen en la defectuosa asistencia recibida por las sanidad pública tras haber sido diagnosticada y tratada de un cáncer de mama con más de un año de retraso, lo que le habría supuesto un cirugía mutilante y el empeoramiento de su pronóstico vital, así como encontrarse en tratamiento psicológico en el Hospital de Almansa con diagnóstico de trastorno adaptativo con sintomatología anímica, y por todo ello solicita ser indemnizada en la cantidad total de 250.000 €, más los intereses legales correspondientes de demora previstos en el art. 141.3 de la Ley 30/92 y los del art. 106 de la LJC, y los del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en lo que respecta a la Aseguradora Zurich personada.

Por la defensa del SESCAM se opuso al recurso interpuesto y acabó solicitando su desestimación. Para ello, y en resumen, se viene a decir que el retraso en el diagnóstico de carcinoma en la mama izquierda se debió a la falta de diligencia tanto del médico de atención primaria como de la propia paciente que a pesar de asistir a consulta por otros motivos, y de sus antecedentes familiares, no preguntó a su médico por el resultado de la ecografía y mamografía. Además, se destaca que dado su perfil genético, la mastectomía en la mama izquierda que se el practicó en agosto de 2011 era en un altísimo grado de probabilidad inevitable, lo único que el diagnóstico precoz hubiese dado es que se hubiese practicado antes.

En cuanto a la indemnización solicitada, para el caso que se apreciase la existencia de nexo causal, entiende que la Administración sólo sería responsable del diagnóstico tardío y de la pérdida de oportunidades o expectativas, y que la cantidad la fija la recurrente sin fijar los criterios y al margen del baremo de tráfico.

Por la defensa compañía aseguradora Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, y que compareció como codemandada, se contestó a la demanda oponiéndose a la reclamación presentada, y que fundamentalmente sustentan su negativa a la indemnización en negar que la paciente hubiese sufrido ningún daño derivado de la asistencia prestada en la sanidad pública, por entender que la causa en el diagnóstico tardío del carcinoma de mama sería imputable a la paciente que no solicitó los resultados de la prueba efectuada en el año 2010 y que ella misma había solicitado.

También se opone la aseguradora a la cantidad que se solicita como indemnización que ha sido calculada a un tanto alzado, así como a la aplicación de los intereses que se reclaman con la demanda contra la aseguradora.

SEGUNDO.- Delimitada la controversia, se hace preciso analizar aquellos hechos que son de relevancia para su resolución, y para ello nada mejor que acudir al informe emitido por la Inspección médica - folios 111 y ss del expediente-, y entre los que cabe destacar los siguientes:

"1.- Paciente de 29 años que ante los antecedentes familiares de neo de mama (madre, tía materna, y abuela), a solicitud del MAP, se realiza en Octubre 2003 la

primera Ecografía mamaria, que identifica quistes de pequeño tamaño en ambas mamas, siendo valorada por Cirugía sin hallazgos a la exploración.

El 8/06/2007, a solicitud del MAP, se realizan mamografías bilaterales con estudio dentro de la normalidad.

2.- El 20/04/10 acude la paciente al MAP a solicitar ECO/mamografía de control dados sus antecedentes familiares, que como consta se había realizado en ocasiones anteriores.

Fue citada en S. Radiología del Hospital General de Almansa el 12/05/10, para la realización de mamografías con la justificación clínica de control mamográfico por antecedentes familiares de cáncer de mama. Se le realizó dicha exploración, y ante la edad de la paciente, 37 años, y el motivo de la petición se decide completar estudio con ecografía mamaria. El informe expone que "se identifica una agrupación de microcalcificaciones (8 aprox.) en LIE de MI, y que no se visualizaba en el estudio previo del 8/06/07, por lo que se recomienda valoración por cirugía, control en 3-6 meses para ver evolución y/o biopsia/arpón (dados los antecedentes familiares). No se observan lesiones en el estudio ecográfico". Se le indica a la paciente que el informe se enviaría al médico peticionario, en este caso, al médico de atención primaria, y que deberá coger cita allí para que le den los resultados. Esta es la forma habitual de proceder de los Servicios de Radiología.

3.- La paciente acude en varias ocasiones a consulta de primaria y a Urgencias del centro de salud, y se solicita al servicio de Radiología estudios complementarios con posterioridad a la realización de la mamografía/ecografía, como es ECO abdominal por hernia umbilical, acudiendo la paciente a consulta para conocer el resultado de dicha exploración, siendo derivada a Cirugía e incluyéndose en la lista de espera quirúrgica, en fecha 15/03/2011.

4.- El 19/05/11 acude la paciente al MAP al notarse una nodulación en mama izquierda, siendo esta la primera vez que consulta por patología de la mama. Es entonces cuando se consulta el informe radiológico de la mamografía/ecografía realizada el 12/05/10, donde se recomendaba valoración por Cirugía ante los hallazgos encontrados. Se remite con carácter de preferente/urgente, para que sea valorada lo antes posible por S. de Cirugía, haciendo constar el resultado del informe de Radiología, el desconocer los motivos por los que no acude la paciente a consulta

para conocer de dicho informe y la presencia actual de nodulación en mama izquierda, no dolorosa a la palpación.

5.- El 19/05/11 acude a Urgencias del H. General de Almansa, al referir la paciente haberse notado un bulto en mama izquierda desde hace 2 días y que hace 1 año le realizaron eco+mamografía en la que visualizaron microcalcificaciones en mama izquierda, recomendándose biopsia, pero que no ha sido informada de aquello, por lo que no acudió a realizarse controles y biopsia. A la exploración nódulo móvil de 2 cm de diámetro en CIÉ de mama izquierda. Se indica acuda a consulta externa de Cirugía al día siguiente.

6.- Por el S. de Cirugía del H. General de Almansa, se solicitan una serie de pruebas:

- Mamografía/Ecografía bilateral realizada el 30/05/11, que concluye nódulo sólido en ICE de MI con microcalcificaciones en su interior (habiendo aumentado en número respecto a estudio de referencia de 12/05/10) en relación con lesión probablemente maligna (BIRADS 4).

- BAG (biopsia con aguja gruesa) el 7/06/11, con resultado de carcinoma ductal infiltrante y receptores de progesterona y estrógenos positivos.

Inicialmente se considera por Cirugía realizar cuadrantectomía, y se valora pueda ser candidata a quimioterapia neoadyuvante, y queda pendiente resultado de estudios solicitados.

- Ecodoppler axilar realizada el 22/06/11, se visualiza estructura ganglionar de tamaño no patológico que presenta engrosamiento cortical focal, y se propone completar con PAAF al no poderse descartar afectación tumoral.....

..... El 22/08/11 se realiza mastectomía radical modificada (mastectomía incluyendo fascia pectoral) más vaciamiento axilar en niveles I, II y III de Berg. Es alta hospitalaria el 24/08/11. Se remite a Oncología el 13/09/11 para valoración conducta terapéutica. Y se siguen controles en consulta de Cirugía. Histológicamente correspondía a un carcinoma ductal infiltrante de 1x1 cm (además, abundante componente intraductal >50%), sin afectación de piel, pezón, ni márgenes de resección (borde más próximo a 0,5 cm), de grado histológico I (Nottingham), con afectación axilar (1+/15). Marcadores biológicos receptor de estrógenos y

progesterona positivo: 80%, Ki 67: 40%, Herceptest negativo. Estadio clínico: pT1bN1Mx (al menos HA).

7- Primera valoración en Oncología el 22/09/11, de paciente con carcinoma ductal infiltrante de mama izquierda en premenopáusica. Se practica mastectomía radical modificada con vaciamiento axilar en niveles I, II y III de Berg. Se propone quimioterapia adyuvante con ACx4 seguido de Taxol semanal 80 x 12 y hormonoterapia. La paciente acepta y firma el consentimiento informado.

Ante sospecha de síndrome familiar de cáncer de mama/ovario hereditarios por tres familiares de primer grado afectados de cáncer de mama, se propone, el 24/04/12, estudio genético BRCA1/2. La paciente acepta y firma consentimiento informado.

La paciente ha seguido tratamiento complementario con quimioterapia ACx4 seguido de Taxol semanal 80 x 10 (suspendido por toxicidad), y Tamoxifeno desde Abril/12. Desestimada radioterapia. **Libre de enfermedad** en la fecha de la última consulta con Oncología, 25/04/13. No signos de linfedema. Deberá seguir revisiones por este Servicio.

- Recibido resultado de estudio genético oncológico, 15/04/13, se indica paciente **NO PORTADORA** de mutación deletérea en el gen BRCA1. PORTADORA de una variante de significado desconocido en el gen BRCA2. Para el cálculo del riesgo en la toma de decisiones clínicas, y teniendo en cuenta el mejor interés de la paciente, podría considerarse una paciente de riesgo alto como si la variante fuese patogénica. Se propone unas recomendaciones generales, entre ellas, mamografía con/sin ecografía anual en el pecho contralateral, pudiendo alternarse su periodicidad con resonancia magnética, si fuera recomendable. Se recomienda especialmente valoración de anexectomía bilateral profiláctica a partir de los 40 años.

8.- La paciente es remitida a Cirugía Plástica, 38 años, para valorar reconstrucción mamaria izquierda. Acude el 18/05/12, se realiza interconsulta a la Unidad de Mama para valorar la reconstrucción conjunta bilateral. Mastectomía derecha con reconstrucción y colocación de expansor en mama izquierda, al haberle aconsejado su cirujano previo la mastectomía subcutánea por el alto índice de tumoraciones familiares.

El 18/03/13 se realiza cirugía reconstrucción de la región pectoral mediante expansor de 450cc con infiltración IOOcc. Seguimiento en consulta.

El 16/04/13 mama con buena forma, no se infiltra todavía. Por Oncología no le recomiendan la colocación de prótesis mamaria sin extirpación de mama subcutánea. Está pendiente de ser vista en la Unidad de la mama.

9.- En Noviembre 2012 inicia terapia psicológica en paciente que ha pasado tratamiento por cáncer de mama.

10.- En el Sistema de Información de la Inspección Médica, no consta historial de bajas del asegurado en los años 2011, 2012. Hay resolución del INSS de 29/05/12 por la que se deniega la incapacidad permanente”.

TERCERO.- Una vez hecho el relato de los antecedentes, es la misma Inspectora Médica la que en su informe de 2 de mayo de 2013 llega a una serie de conclusiones que no han sido desvirtuadas por ninguna otra prueba en contrario, ni practicada a instancias del recurrente como tampoco es posible dar mayor valor a las recogidas con el informe pericial aportado por la Compañía aseguradora junto con su contestación a la demanda – folios 106 y ss actuaciones-. El informe de la Inspección, como se verá con detalle, hace especial atención a la responsabilidad del servicio sanitario público a la hora de no haber citado a la recurrente a su revisión médica tras las pruebas practicadas en el año 2011, descargando con ello de responsabilidad a la paciente en el retraso diagnóstico de su enfermedad durante un año, como por otra parte pretendían hacer descansar las defensas de los codemandados. En efecto, se debe reproducir la parte de las conclusiones en las que se sostiene que:

“.....4.- El procedimiento de actuación de los Servicios de Radiología es la realización de los estudios radiológicos solicitados, el análisis detenido de los mismos, la emisión de un informe de los hallazgos visualizados y su remisión al médico peticionario, que es quien informa al paciente de los resultados de las pruebas realizadas.

No se informa directamente a los pacientes, ni se les entrega informes con el resultado en mano, puesto que se precisa el análisis de las imágenes, la valoración

diagnóstica y la realización del informe, todo ello conlleva un tiempo, por lo que se hace una vez los pacientes se han ido.

Se les indica a los pacientes que el informe se enviará al médico peticionario, en este caso, al médico de atención primaria, y que deberá coger cita allí para que le den los resultados. Este es el proceder habitual de los Servicios de Radiología.

En el presente caso aún cuando el radiólogo le indicara que el estudio ecográfico era normal, pues no se objetivó ninguna alteración con dicha exploración, no pudo comentar que "todo era perfecto" pues faltaba la valoración de la mamografía y su comparación con exploraciones previas, para poder realizar el informe con el resultado de los estudios.

5.- Tanto las imágenes radiológicas como los informes con el resultado, están disponibles en la aplicación YKONOS, y a la que acceden los facultativos de Atención Primaria a través de la historia informática de los pacientes desde Turriano.

6.- Ni por parte de la paciente se solicita al MAP el resultado del informe de la mamografía/ecografía realizada el 12/05/10, ni por parte del MAP se consulta el mismo hasta que no acude la paciente a su consulta, el 19/05/11, por presentar un nódulo en mama, con lo cual no se siguen las recomendaciones señaladas en el informe de Radiología, demorándose la derivación a Cirugía, para un control más temprano y/o biopsia ante dicho hallazgo.

7.- Se considera que aún cuando el paciente no acudiera a su MAP a solicitar el resultado de su estudio radiológico realizado, en la creencia de que éste estaba bien, al interpretar erróneamente la posible respuesta facilitada por el radiólogo a su solicitud de información, es el MAP quien tiene la responsabilidad última de conocer el resultado de la prueba solicitada por él, ya sea como screening, como por patología previa.

.... En el presente caso los perfiles genéticos hallados y la presunción de un tamaño tumoral < 2 cm y adenopatía axilar, hacen considerar que la mejor opción terapéutica es la mastectomía radical modificada con vaciamiento axilar completo, siempre en el mejor interés de la paciente.

11.- Hay que considerar que de haberse seguido las recomendaciones del S. de Radiología, y valorado por Cirugía, con control en 3/6 meses para ver la evolución y/o biopsia/arpón, se hubiera llegado al diagnóstico de carcinoma de mama temprano (estadio inicial), que posiblemente hubiera conllevado un tratamiento menos agresivo y un pronóstico mejor .

12.- El estadio del cáncer de mama es esencial en la evaluación del tumor y en la determinación del tipo de tratamiento. El cáncer de mama se clasifica sobre la base de la extensión anatómica de la lesión en cuatro estadios; cada estadio identifica un grupo de tumores que tienen aproximadamente un pronóstico similar.

13.- La afectación ganglionar axilar está directamente relacionada con el tamaño tumoral, y ambos están estrechamente relacionados con la probabilidad de recidiva y supervivencia. Así, la afectación ganglionar metastásica es el factor pronóstico aislado más significativo en el cáncer de mama, especialmente en los estadios precoces. De la afectación ganglionar metastásica y del número de ganglios afectos, depende la supervivencia libre de enfermedad y la supervivencia global de estas pacientes.

14.- El tamaño tumoral es el factor pronóstico más importante tras la afectación ganglionar, y es un factor predictivo de la presencia de metástasis axilares, tasas de recidiva y supervivencia, incluso dentro del grupo de tumores de menor tamaño T1. El tamaño tumoral y la presencia o no de metástasis axilares son factores pronósticos independientes y aditivos.

15.- Realizado estudio genético oncológico, el resultado es de paciente PORTADORA de una variante de significado desconocido en el gen BRCA2, la consideración es de paciente de riesgo alto como si la variante fuese patogénica. Se hacen una serie de recomendaciones y se discute el papel de las cirugías reductoras de riesgo, y se recomienda especialmente valoración de anexectomía bilateral profiláctica a partir de los 40 años.

16.- Por Cirugía Plástica se ha realizado en marzo de 2013 cirugía de construcción de la región pectoral mediante expansor. Por Oncología no se le recomienda la colocación de prótesis mamaria, sin extirpación de mama subcutánea contralateral (se extirpa todo el tejido glandular mamario, respetando la piel y el complejo pezón-

aureola, colocando una prótesis mamaria en el mismo tiempo quirúrgico). Está pendiente de ser vista por unidad de Mama.

Y como colofón al informe, concluye por la Inspección Médica lo siguiente:

17.- El retardo en el diagnóstico del carcinoma de mama, por causas evitables y achacables al funcionamiento de la Administración Sanitaria, ha supuesto un perjuicio a la paciente, tanto en el tratamiento como en el pronóstico, una pérdida de oportunidad terapéutica.”

Nada más puede añadirse a la hora de admitir y declarar la existencia de responsabilidad patrimonial del servicio sanitario público como consecuencia de la atención prestada a la paciente D^a [REDACTED] y derivada directamente en el retraso diagnóstico del carcinoma de mama, así como que en dicho retraso la actora no tuvo una intervención susceptible de romper el nexo causal que determina el nacimiento de dicha responsabilidad como tampoco para valorar su posible concurrencia en dicho retraso de un año al no haber acudido a al consulta a por sus resultados, pues toda la responsabilidad debe recaer en el MAP que acordó la práctica de las pruebas en cuestión, y máxime teniendo en cuenta los antecedentes familiares de la recurrente y que llegó a acudir hasta en 16 ocasiones a consulta y no se detuvieron en consultar adecuadamente los antecedentes de la paciente y en los que habrían comprobado los resultados remitidos, de hecho, y frente a la postura de los codemandados en tal sentido, ningún valor puede darse a al prueba pericial aportada por la Aseguradora Zurich España puesto que no analiza los sistemas de detección existentes en el SESCAM y las circunstancias que con respecto a los mismos se detallan en el informe de la Inspección – tal y como se pudo comprobar en la declaración del perito de parte al ratificarse en su informe.

CUARTO.- La conclusión del informe de la inspección médica nos lleva necesariamente, y a la hora de poder fijar el importe de la indemnización a la que tendría derecho la recurrente, a lo que viene siendo, dentro de la responsabilidad sanitaria, una doctrina denominada de la pérdida de oportunidad o expectativas que son las que precisamente han llevado aparejado el diagnóstico tardío de la enfermedad. Para ello, merece recoger dos recientes Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se plasma la Jurisprudencia a tal efecto emitida por el Tribunal Supremo.

La primera, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/263192) cuando viene a decir:

“Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 7 de julio de 2.008, recurso 4776/2004, con cita de las de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04), 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.

En definitiva, se ha producido la pérdida de oportunidad cuyas consecuencias no pueden determinarse con seguridad pero que obligan a indemnizar a quien no debe soportar el daño causado. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada:

“Con cita de jurisprudencia anterior, esta Sala y Sección en Sentencia de 16 de febrero de 2011, rec. casación 3747/2009, dice que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad” se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias.”

Es la probabilidad de mejor curación la que la jurisprudencia permite indemnizar a pesar de la incertidumbre del resultado pues esto último, en todo caso, puede producir una moderación en su cuantía.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta todos los factores señalados y valorando ponderadamente todas las circunstancias indicadas, se fija la cantidad de 50.000 euros a favor de la viuda y 5.000 euros para cada uno de los hijos, como indemnización actualizada al momento presente, sin intereses dada la falta de liquidez de la cantidad señalada y la actualización a la fecha actual, y contemplando todos los perjuicios de todo orden derivados de la actuación objeto del presente proceso.”

La segunda, la Sentencia del Tribunal Superior de Asturias de 10 de marzo de 2014 (EDJ 2014/35005) cuando viene a establecer:

“ Con lo anterior, estima este Tribunal que no cabe imputar a la Administración demandada todo el daño que el recurrente refiere, sino como el mismo acoge, subsidiariamente, una pérdida de oportunidad por el retraso en el diagnóstico que podía haber variado el curso de los acontecimientos, pues en efecto, no pudiendo precisarse, según lo actuado, la cuantía del retraso en el diagnóstico y su incidencia en la evolución posterior, no cabe sino acudir a dicha doctrina de la pérdida de oportunidad, configurada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012, citando la sentencia del mismo Alto Tribunal de 24 de noviembre de 2009, según la cual "... 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 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) y con tal doctrina, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y el grado de probabilidad de haber obtenido un resultado más favorable con un diagnóstico más temprano, este Tribunal estima ponderado valorar la misma en 100.000 euros, por todos los conceptos, incluidos intereses legales, y al momento de dictarse la presente resolución."

QUINTO.- Con arreglo a los parámetros expuestos, y una vez que por las defensas de los codemandados se achaca a la actora su falta de determinación de los criterios por virtud de los cuales solicita una indemnización por la suma de 250.000 € y unida a la circunstancia de no haberse aplicado el baremo de la Ley de Tráfico, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/229079) cuando viene a decir:

"En sentencia de este Tribunal de 9 de junio de 2009 (recurso de casación 1822/2005), decíamos, y debemos reiterar ahora, que "la cuantificación de la indemnización, cuya insuficiencia se denuncia por la recurrente y que ha de calcularse con arreglo a los criterios establecidos en el art. 141 de la Ley 30/92 EDL1992/17271, como señala la sentencia de 25 de noviembre de 2004 EDJ2004/192532, debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado, o como señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998 EDJ1998/27287, "la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre EDJ1983/4583 y 4 de diciembre de 1980 EDJ1980/14290, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983 EDJ1983/4583, 10 de junio, 12 EDJ1985/5819 y 22 de noviembre de 1985)", que "Ello incluye la reparación del daño moral, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1996 EDJ1996/5372, 26 de abril EDJ1997/4997 y 5 de julio de 1997 y 20 de enero de 1998 EDJ1998/1333,

citadas por la de 18 de octubre de 2000 EDJ2000/37521), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso", que "A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008EDJ2008/25733,"la Jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 EDJ1990/42 , derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 EDJ1993/10772 , se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988EDJ1988/1485 , "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria. La STS de fecha 19 de julio de 1997 EDJ1997/7757 habla de la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales", y que "En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe."

Y es con arreglo a toda la doctrina y Jurisprudencia expuestas, y siendo cierto que ninguna de las partes personadas lleva a cabo la determinación de la indemnización que procedería abonar a la recurrente utilizando el baremo de la Ley de Tráfico, ni tan siquiera con carácter orientativo, pues la recurrente al fijar el importe de la indemnización en 250.000 € utiliza los criterios recogidos a tales efectos en su demanda, básicamente atendiendo al resultado de las intervenciones quirúrgicas padecidas así como aquellas que todavía podría verse sometida y las expectativas que entiende son más perjudiciales para ella a consecuencia de su diagnóstico tardío, incluidas las de carácter psicológico, y llegando incluso a citar la situación económica de la familia, y citando en apoyo de su reclamación la STS 29 abril 2008 (recurso 4791/2006), cabe decir que las conclusiones a las que se llega por el Tribunal Supremo en ésta última Sentencia a la vista de la prueba pericial practicada no es posible acogerlas en el presente litigio . Ahora bien, ni por el SESCAM ni por su aseguradora Zurich España en sus contestaciones, y cuando también se opone

el exceso de la suma indemnizatoria pedida, llegan a determinar una cantidad que considerasen ajustada en tal sentido, dejando por ello sin apoyo cualquier posible aplicación alternativa, siquiera indiciaria, del baremo contenido en la Ley de Tráfico.

Llegados a este punto, la tarea de determinar en el supuesto de autos el importe de la indemnización, y que se debe basar en los criterios expuestos de la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuando no existe prueba cuya aportación correspondería a la actora (art. 217 LECi) en la que se descartase de manera categórica cualquier posible desarrollo de la enfermedad padecida por la recurrente en contraposición al riesgo alto de la paciente que resultaba del estudio genético oncológico que le fue practicado, para con descartar cualquier eventual o posible intervención quirúrgica, incluso con relación a la otra mama, sobre la que no existe determinación probatoria pueda venir tampoco justificada en el retraso diagnóstico acaecido. Ahora bien, y una vez que resulta acreditado que ese retraso temporal de un año implica una pérdida real de oportunidades a la hora de evitar un resultado final tan agresivo como el que acabó padeciendo la actora, pues se podría haber frenado la evolución natural de la propia enfermedad de la paciente, son lo que hacen precisamente posible delimitar el ámbito sobre el que fijar la suma indemnizatoria, lo cual, junto a la edad de 37 años que tenía, la afectación psicológica de la recurrente que se vería agravada, además de la propia de la enfermedad, y a consecuencia de la urgencia e incertidumbre que se le generó, y poniendo por otro lado también en valor la rapidez y eficacia del tratamiento médico recibo con posterioridad a acudir a la consulta en mayo de 2012, así como por el resultado de la última consulta en Oncología de 25 de abril de 2013, donde consta la recurrente como " libre de enfermedad", hacen que no se pueda atender a una petición indemnizatoria como la se reclama con la demanda y fijar – atendiendo también al criterio seguido por los distintos Tribunales en supuestos como el que nos ocupa - el importe de la indemnización en la cantidad total de 120.000 €, que se actualizada al día de la presente Sentencia, llevando con ello a la estimación parcial del recurso interpuesto y la anulación de la resolución impugnada.

En cuanto a los intereses, y una vez actualizada la indemnización a la fecha de presente Sentencia, se desestima la petición de condena recogida con la demanda en relación a la aplicación los intereses de demora previstos en el art. 141.3 de la LRJ PAC así como los del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro frente a la Aseguradora Zurich España, siendo los únicos intereses que se devengarán, y que

así se reconocen en la presente resolución, los del art. 106 de la LJC, esto es, los que correspondan a partir de la fecha de la presente Sentencia y hasta su completo pago con respecto al principal indicado.

SEXTO.- En cuanto a las costas, y en aplicación del vigente art. 139 de la LJC, y ser parcial la estimación del recurso, no se hace especial condena a ninguna de las partes al no apreciarse circunstancias que lo justifiquen.

Vistos los preceptos legales citados y los demás que sean de general y pertinente aplicación

FALLO

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Ignacio Martínez García, en defensa y representación de D^a [REDACTED], contra la desestimación por silencio administrativo por parte del SESCAM de la reclamación de responsabilidad sanitaria presentada por la recurrente de 16 de julio de 2012; **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la anulación de la referida resolución al no ser ajustada a derecho, así como **CONDENAR** al Servicio de Salud de Castilla La Mancha y a la aseguradora Zurich España CIA de Seguros y Reaseguros a que indemnicen a la demandante en la cantidad de **CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000 €)**, cantidad que devengará el interés legal pertinente desde la fecha de la presente Sentencia y hasta su completo pago, y todo ello sin hacer expresa condena en costas en esta instancia.

Notifíquese a las partes informándoles que la presente resolución no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de quince días ante este mismo Juzgado y a resolver por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, previa consignación y pago de las cantidades que correspondan con arreglo a la vigente legislación.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

ES COPIA