

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2012/0007506



(01) 30345007081

Procedimiento Ordinario 770/2012

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

SENTENCIA Nº 422/2015

Presidente:

D./Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO

Magistrados:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

D./Dña. Mª DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid a dieciocho de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid , ha visto el recurso n.º 770/2012 interpuesto por la Procuradora Dª. Doña Paloma Solera Lama , en representación de Dª. contra la desestimación presunta de la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente el 05/10/2011, siendo parte demandada y la aseguradora representada por la procuradora Dª. Mª Esther Centoira Parrondo. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Rafael Villafañez Gallego, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Interpuesto el recurso , se presentó la demanda en el plazo legal, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que se dan aquí por reproducidos en aras de la brevedad.

SEGUNDO.- La demandada en el escrito de contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la recurrente, y solicitó que se desestimase la misma.

TERCERO.- El presente recurso se ha recibido a prueba, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado todos los requisitos legales, salvo determinados plazos procesales por la acumulación de asuntos que penden ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) Objeto del recurso.

Doña formula recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Salud.

B) La demanda.

Doña solicita que se dicte sentencia “*por la que se declare la responsabilidad de la demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se condene a la demandada a indemnizar a mi representada en SETENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO (75.134) EUROS, más intereses desde la fecha de la reclamación administrativa e intereses del artículo 20 de la L.C.S. si se personara la compañía aseguradora, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición costas*”.

La demanda se basa en los siguientes hechos relevantes:

1º.- Como consecuencia de una lesión nodular sólida en la mama izquierda, el médico de cabecera solicitó la realización de una ecografía mamaria que se llevó a cabo el 21 de septiembre de 2010. El resultado de la ecografía fue: “*lesión nodular sólida en mama izquierda con características ecográficas de benignidad (probable fibroadenoma)*”. En la siguiente cita, el día 21 de enero de 2011, se solicitó una biopsia con punción por aspiración con aguja fina (PAAF), que se llevó a cabo el 27 de enero de 2011.

2º.- El anatomopatólogo que estudió la lesión llegó al siguiente diagnóstico: “*carcinoma ductal infiltrante grado 2 de Bloom CENTRO Richardson*”. El citado diagnóstico fue fruto de un error y confusión entre la muestra obtenida de la recurrente y la obtenida de otra paciente.

3º.- La actora, a partir de entonces, fue tratada como un caso oncológico, sin que se revisara la muestra del PAAF ni se practicara otra prueba. El 9 de febrero de 2011, adelantando la cita programada, la recurrente y su familia fueron informadas del diagnóstico de cáncer de mama.

4º.- El 14 de marzo de 2011 se llevó a cabo una resonancia magnética que no detectó signos de malignidad en la mama izquierda, detectándose un nuevo nódulo en la mama derecha.

5º.- El 25 de marzo de 2011 se llevó a cabo la intervención quirúrgica en el Hospital consistente en segmentectomía con biopsia del ganglio centinela y biopsia de adenopatía de cadena mamaria. En el informe de alta consta el diagnóstico de “*neoplasia de cuadrante supero-interno de la mama izquierda*”. Según los facultativos, hasta que no se analizaran las muestras mamarias extirpadas, no se podría conocer el tipo de tratamiento que recibiría.

6º.- El 6 de abril de 2011 se llevó a cabo en la mama derecha una biopsia con aguja asistida por vacío (BAV) dirigida por resonancia más colocación de un marcaje de titano en la lesión del pecho derecho, siendo el diagnóstico de lesión benigna.

7º.- La paciente se sumió, en estas circunstancias, en una terrible depresión.

8º.- El tejido mamario extirpado así como los ganglios fueron analizados por el Servicio de Anatomía Patológica que llegó a la conclusión de que no existían signos de

malignidad ni en la pieza de tumorectomía ni en los bordes ni en los ganglios. En consecuencia, se volvió a estudiar la pieza obtenida el 27 de enero de 2011.

9º.- El 20 de abril de 2011 la paciente y su madre acudieron a la cita prevista para que le explicaran el tipo de tratamiento a seguir así como los detalles y las palabras textuales del facultativo fueron: *“Tengo una noticia buena y otra mala; la buena es que no tienes cáncer; la mala es que te hemos operado; se ha producido un error con la muestra de otra paciente y no sabemos si el error fue en la sala de biopsias o en el laboratorio”*.

10º.- La paciente acudió la semana siguiente a una cita con la Dirección del Hospital, a la que solo compareció el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica, quien, a preguntas de aquélla, confirmó que ya habían localizado a la otra paciente y la habían informado que tenía cáncer. El Jefe de Servicio explicó que llevaban mucho tiempo solicitando un sistema de control de informes que ya existía en Estados Unidos.

11º.- La actora ha sufrido, a resultas de estos hechos, innumerables e incalculables daños y perjuicios.

Ha permanecido de baja laboral desde el 23 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011.

A consecuencia de las molestias en el pecho y axila ha tenido que dejar de realizar algunas funciones propias de su trabajo como atrezzista.

El 17 de abril de 2011 fue despedida de la serie televisiva para la que trabajaba.

11º.- La cuantificación de la reclamación de 75.134 euros se basa en las siguientes partidas:

-Secuelas físicas: segmentectomía izquierda que se valora, a efectos del baremo de daños y perjuicios causados en accidentes de circulación, como mastectomía izquierda leve en 5 puntos; extirpación de ganglio centinela, 3 puntos; extirpación de ganglios en axila izquierda, 3 puntos; colocación de marcaje de titanio, equiparable a material de osteosíntesis, 3 puntos.

-Secuelas estéticas: daño moderado, atendiendo a la edad de la paciente y a la repercusión física que conlleva, con asimetría mamaria tras segmentectomía, pérdida de sustancia mamaria, cicatriz de 6 centímetros en mama izquierda y cicatriz axilar, 10 puntos.

-Secuelas psicológicas: trastorno depresivo reactivo, sentimiento de culpa y labilidad emocional con alteración de la personalidad con desconfianza al personal sanitario a raíz del error y necesidad de tratamiento psicológico, 10 puntos.

-Incapacidad temporal: 2 días de hospitalización, 67 días improductivos y 133 días no improductivos.

-Factor de corrección del 10% por perjuicios económicos.

-*Pretium doloris* por innecesaria intervención quirúrgica, con los riesgos que ello conlleva, necesidad de tratamientos médicos, temor sobre las posibles repercusiones (afectación a la lactancia, etc...), la axila derecha suda excesivamente desde la realización de la BAV dirigida por resonancia más colocación de un marcaje de titanio.

En relación al fondo del asunto, la demanda expone que los actos médicos reprochables son el error inexcusable en el estudio del PAAF (extremo reconocido por el propio Inspector Médico), el tratamiento quirúrgico en una paciente sana (habiendo perdido parte del pecho izquierdo y varios ganglios, con todos los problemas funcionales y estéticos que ello conlleva) y la información errónea acerca de la gravedad de la situación clínica de la paciente (habiendo sido dos las pacientes afectadas y habiendo incidido en el estado de ánimo de la actora la incertidumbre sobre la situación de la paciente cuyos datos fueron confundidos con los suyos propios).

Finalmente, entre las alegaciones que se contienen en la demanda, destacaremos la siguiente afirmación que se expresa en la pág. 9 de la demanda: *“Existe una adecuada*

RELACIÓN CAUSA (error de identificación, error inexcusable y deficiencia asistencial) – EFECTO (tratamiento innecesario, secuelas físicas y psíquicas, etc.), ya que la actuación médica de los servicios sanitarios fue absolutamente deficiente, con olvido de la “lex artis ad hoc”, toda vez que no se tomaron las decisiones terapéuticas oportunas, no se verificaron resultados y se hizo un defectuoso proceso diagnóstico y asistencial”.

C) La contestación

La Letrada solicita a la Sala que, *“previos los trámites procesales oportunos, dicte sentencia de acuerdo con lo expuesto por esta representación”.*

La contestación de la Administración demandada se limita a exponer los requisitos e la responsabilidad patrimonial y, tras exponer que la obligación médica es una obligación de medios y no de resultados, señala en las págs. 3-4 que: *“Nos remitimos en este punto al informe del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica que figura en los folios 34, 35 y 36 del expediente administrativo y que describe todas las fases del proceso que se desarrolla en un laboratorio de anatomía patológica en el que, a pesar de los controles aplicados en el procedimiento, existen momentos en los que cabe el error humano. La dificultad para identificar el error en el momento fue la similitud con las demás muestras obtenidas ese día y en cuanto se constató el error se adoptaron todas las medidas necesarias para evitar sus consecuencias. Concluye el director gerente que se actuó conforme a la lex artis”.*

Subsidiariamente, solicita la Administración que se proceda a moderar la indemnización de conformidad con la valoración de daños corporales realizada por la aseguradora

D) La contestación

La aseguradora de la Administración solicita, por su parte, que *“se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto de contrario”.*

En lo que interesa al presente recurso contencioso-administrativo, la contestación sostiene, págs. 9-10, que *“a pesar de los resultados confusos de las pruebas diagnósticas, no se abandona a la paciente y se continúa ahondando en el proceso diagnóstico. Esta actuación no sólo denota celo y prudencia a la hora de abordar el diagnóstico y tratamiento de un posible carcinoma de mama, patología de elevado índice de mortalidad, sino que, por otro lado no puede considerarse que se ha vulnerado la lex artis ad hoc... A pesar de lo anterior, hemos de hacer constar a la Sala que no se puede pretender que el funcionamiento del sistema sanitario sea aséptico e inocuo en todo momento lo que manifestamos sin tratar de disculpar los errores que se pudieran haber cometido y sin que se pueda afirmar que no se pusieron al alcance de la paciente cuantos medios estaban a disposición de la Administración sanitaria. En cualquier caso, lo que esta parte sostiene es que no se puede considerar la lex artis vulnerada por haber existido un error de identificación de muestras cuando la actuación de los facultativos, valorada en su conjunto, resulta ajustada al criterio de diligencia debido,...”.*

Considera la aseguradora subsidiariamente que existe un exceso en las cantidades reclamadas por la actora en concepto de indemnización. En concreto, niega que proceda la suma de 10.000 euros en concepto de daños morales (*pretium doloris*) pues ya se encuentran recogidos en la valoración específica de las secuelas sufridas. También considera que la actora ha calculado el perjuicio estético infringiendo el sistema que detalla el baremo para el cálculo de la indemnización y, en concreto, la regla que establece que: *“El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes”.* Niega la aseguradora que proceda la analogía que se pretende por la

contraparte entre la colocación de marcaje de titanio y el material de osteosíntesis, por una parte, y entre la segmentectomía y la mastectomía, por otra. Finaliza la exposición de este apartado la aseguradora remitiéndose a la valoración contenida en el informe obrante al folio 150 del expediente administrativo y que tasa en 11.640,53 euros la indemnización procedente.

Por último, la contestación se opone a que le sean impuestos los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, citando en este sentido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la sentencia de la Sección 6ª de la Sala Tercera de fecha 19 de septiembre de 2006 (Recurso de casación n.º 4858/2002, Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, Roj STS 5341/2006).

SEGUNDO.- Sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria.

A fin de contextualizar el examen de las cuestiones que se plantean en los escritos de demanda y contestación, comenzaremos aludiendo, en general, al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que tiene su reconocimiento constitucional en el art. 106.2 de la Constitución española al proclamar que: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

La referencia constitucional a *“en los términos establecidos por la ley”* debe completarse con la cita del art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual: *“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”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado la institución examinada a través de la exigencia de una serie de requisitos que enunciaremos tal y como se proclaman, entre otras muchas resoluciones, en la sentencia de la Sala Tercera de 31 de octubre de 2014 (Recurso de casación n.º 270/2012, Ponente Doña Margarita Robles Fernández, Roj STS 4363/2014, F.J. 4º), al afirmar que: *“la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”*. En esta misma sentencia y fundamento jurídico se contiene otra declaración fundamental sobre el carácter y contenido de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública al afirmar que: *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

Descendiendo a la especie de la responsabilidad patrimonial sanitaria, ámbito en que se inserta conceptualmente el presente litigio, debe constatarse la especial incidencia que en este campo se reconoce a la disposición contenida en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que se establece que: *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”*. Así, por ejemplo, en la sentencia de 14 de abril de 2015 (Recurso de casación n.º 3871/2013, Ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Roj STS 1568/2015, F.J. 3º) se afirma que: *“si bien normalmente la Administración debe indemnizar los daños causados por ella incluso cuando sean consecuencia del funcionamiento normal del correspondiente servicio, en el supuesto de daños derivados de prestaciones sanitarias es preciso que “se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”. Ello significa que cuando una prestación sanitaria se efectúa con sujeción a los conocimientos científico-técnicos -esto es, a la usualmente denominada lex artis - los posibles daños que ella ocasione no dan lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

TERCERO.- Sobre la asistencia sanitaria prestada a la paciente

Por lo que se refiere a la vertiente fáctica del proceso, debemos destacar, *prima facie*, que el relato de hechos que incorpora la demanda no ha sido especialmente controvertido por la Administración ni por su aseguradora.

En concreto, existe conformidad entre las partes en cuanto a que existió un error en el proceso diagnóstico. Así, en la contestación de la Administración se alude al *“error humano”* (pág. 4) y en la de la aseguradora se afirma que no se pretende *“disculpar los errores que se pudieran haber cometido”* (pág. 9).

Las objeciones que se plantean a la posición de la actora tienen que ver, no con la descripción de los hechos, sino con su valoración jurídica y, en concreto, con la antijuridicidad del daño (art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*). Así es como debemos entender las referencias de la contestación al error humano y a la actuación conforme a la *lex artis* (*“existen momentos en los que cabe el error humano”*, pág. 4) y de la formulada por la aseguradora (*“no se puede pretender que el funcionamiento del sistema sanitario sea aséptico e inocuo en todo momento”*, pág. 9). En ambos casos, en definitiva, no se discute la versión de los hechos que ofrece la demanda.

A mayor abundamiento cabe destacar que la existencia del error en el diagnóstico del carcinoma, como señala la demanda, se refleja en el propio informe emitido por la Inspección Médica (folio 137 del expediente administrativo): *“La reclamante dice en su reclamación que fue el día 20.04.2011 cuando se le explicó que había existido un error, que ella no había padecido cáncer y que se había confundido su muestra para biopsia con la de otra persona. Si bien nada de esto obra en la historia clínica es perfectamente verosímil porque en el folio B.59 dice textualmente: “Cicatrices en buen estado pero con importante daño psicológico por el error sufrido en su diagnóstico anatomopatológico”. En el Informe del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica, fundamentalmente en el folio B.4 se reconoce de manera clara y terminante que ocurrió un error de identificación de muestra, cuyo error*

pudo haber ocurrido bien por etiquetado incorrecto o bien por inclusión incorrecta de la muestra. Aunque no quede claramente definido lo que exactamente ocurrió, queda fuera de duda que, en efecto, hubo un error de identificación”. Y el mismo informe concluye que: “A la vista de lo anterior, queda claro que la atención prestada a la reclamante ha sido incorrecta”.

El informe del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica, a que se refiere la Inspección Médica, consigna al efecto: *“paso a describir los hechos concretos que nos ocupan, una vez constatado que se produjo un error derivado de un cambio de muestra”* –f. 35 del expediente administrativo-.

Pero es que, además, el único informe pericial que se ha aportado al proceso lo ha sido a instancia de la parte actora y ratifica plenamente la existencia de una deficiente asistencia sanitaria. En concreto se trata del informe emitido por D. médico, especialista en Medicina Interna, que concluye, a propósito de la adecuación a la *lex artis* de la actuación médica examinada, lo siguiente, pags. 6 y 7 de su informe: *“3º.- Servicio de Anatomía Patológica: Fue el encargado de procesar el material de la BAG de la paciente, produciéndose un fallo en la cadena de reconocimiento de la muestra, confundiendo el material con el ora persona que sí estaba afectada de un cáncer de mama. Esta conducta negligente por parte del personal del servicio, al no identificar correctamente el material procedente de la BAG, produce como resultado un diagnóstico totalmente equivocado de cáncer de mama desencadenando un enorme impacto emocional en la paciente y, por otra parte, la somete a una intervención quirúrgica que no le correspondía: segmentectomía mamaria izquierda y biopsia ganglionar axilar izquierda. En definitiva un tejido mamario extirpado benigno, correspondiente a un volumen de 4,4 x 3 x 2,5 cm. Más un óvalo cutáneo de 3 x 0,5 cm, así como la extirpación de dos ganglios en la axila izquierda. Todo este material fue analizado por el servicio de Anatomía Patológica, llegando a la conclusión de que no existían signos de malignidad ni en la pieza de tumorectomía, no en los ganglios extirpados. El diagnóstico correspondió a un fibroadenoma de mama izquierda (lesión benigna). Comentario: La causa de los daños ha sido una actuación negligente del Servicio de Anatomía Patológica al no identificar correctamente la procedencia de la BAG vulnerando la *lex artis* y ocasionado un daño en la paciente, tanto en la esfera física como en la psíquica, que era inevitable con el diagnóstico incorrecto de cáncer de mama. Coincidimos con el Médico Inspector en que se trata de un error de identificación lo que ha ocasionado los daños, existiendo, por tanto, una relación causal entre la actuación del Servicio y el resultado dañoso en la paciente”.*

En conclusión, debe considerarse como hecho probado que, en el proceso asistencial que se prestó a la paciente Doña, se produjo un error de identificación de muestra en el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital. Tal error, a su vez, determinó que la paciente fuera diagnosticada erróneamente de *“carcinoma ductal infiltrante grado 2 de Bloom Richardson”* y a que tuviera que ser sometida el 25 de marzo de 2011 a una intervención quirúrgica consistente en *“segmentectomía con biopsia del ganglio centinela y biopsia de adenopatía de cadena mamaria”*, siendo el diagnóstico al alta de *“neoplasia de cuadrante supero-interno de la mama izquierda”*. Posteriormente, el 6 de abril de 2011, tuvo que ser sometida a una BAV dirigida por resonancia más colocación de un marcaje de titanio en lesión del pecho derecho, siendo el diagnóstico en este caso de lesión benigna.

El anterior relato de hechos incluye todos y cada uno de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Específicamente, debemos reconocer la existencia, en primer lugar, de un funcionamiento anormal de la Administración. Como afirman la propia Inspección Médica y el informe del perito de la actora, la asistencia prestada ha sido incorrecta. No puede

admitirse, como sostienen la Administración demandada y la aseguradora en sus escritos de contestación, que exista un error en la identificación de las muestras obtenidas para biopsia y que, a pesar de ello, se haya actuado conforme a la *lex artis*. Explicar algo y justificarlo son cosas diferentes, como bien conocen las partes que así se expresan. De tal modo que repudia al concepto de *lex artis* la existencia de un error en un proceso tan sensible como el de identificación de muestras (sea humano, sea organizativo) que, a su vez, ha provocado un diagnóstico erróneo de carcinoma en una persona que no lo padecía y el innecesario sometimiento a una serie de intervenciones quirúrgicas encaminadas a su curación como paciente oncológica. A pesar del intento de la aseguradora de defender “*el celo y prudencia a la hora de abordar el diagnóstico y tratamiento de un posible carcinoma de mama, patología de elevado índice de mortalidad*” (pág. 9 de la contestación), obvio resulta que no es admisible, desde la perspectiva de la *lex artis* que nos ocupa, que se someta a una persona a un tratamiento médico para la cura de un cáncer de mama que no padece realmente.

Esto último sirve, en segundo lugar, para apreciar el nexo causal, pues la paciente no habría sido tratada en el modo indicado si no se hubiese producido el error en la identificación de las muestras obtenidas para biopsia y no se hubiera producido la confusión entre su muestra y la de la persona que sí padecía el carcinoma.

En tercer lugar, en cuanto al daño, la Sala va a aceptar, como hecho probado, la descripción de los daños y perjuicios que se ofrece por la parte actora, según se detalla en el informe pericial aportado a su instancia –págs. 10-11- y que se concreta en los siguientes:

- 1) Secuelas psicológicas: estrés postraumático y trastorno depresivo reactivo.
- 2) Perjuicio estético: asimetría mamaria por pérdida de volumen de la mama izquierda, secundaria a la segmentectomía del cuadrante superior interno; cicatriz de 6 cm. En a mama izquierda (cara supero-interna); y cicatriz de 2 cm en región axilar izquierda.
- 3) Secuelas físicas: extirpación de tejido mamario izquierdo correspondiente a la intervención quirúrgica erróneamente practicada (segmentectomía) correspondiente a un volumen de 4,4 x 3 x 2,5 cm asociado a un óvalo cutáneo de 3 x 0,5 cm y la extirpación del ganglio centinela en la axila izquierda y del ganglio de la mamaria interna.
- 4) Período de sanidad: 2 días hospitalarios improductivos, 67 días improductivos no hospitalarios y 135 días no improductivos.

La única parte que los contradice es la aseguradora y, como ha quedado expuesto al sintetizarse el escrito de oposición, básicamente sostiene que los mismos deben ser valorados de forma distinta a efectos de la aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor). Así, la aseguradora discute la correcta aplicación del citado baremo a la valoración del daño moral y del perjuicio estético y niega la pertinencia del recurso de la actora a la analogía para cuantificar determinadas secuelas (segmentectomía y colocación de marcaje de titanio, en concreto). Por otra parte, se remite a un informe emitido por un valorador del daño corporal en el que se tasan los daños y perjuicios reclamados de contrario en la suma de 11.640,53 euros. Sin embargo, el referido informe se concreta en una tabla carente de la más mínima justificación acerca de la procedencia o improcedencia de las partidas indemnizatorias reclamadas de contrario y a la que no cabe atribuir ningún valor probatorio significativo a los fines del presente proceso. Una crítica completa del citado informe se contiene en las págs. 8 y 9 del informe del perito D., crítica que la Sala comparte plenamente.

En cuarto lugar, no se ha justificado la existencia de fuerza mayor. Debiendo recordarse el criterio general de la jurisprudencia acerca de la carga de la prueba en relación

a la existencia de fuerza mayor, tal y como, por ejemplo, se expresa, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 (Recurso de casación n.º 5058/2005, Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, Roj STS 3011/2010, F.J. 3º), al afirmar que: *“Tampoco ha de confundirse el referido criterio general con los supuestos en los que se invoca la existencia de fuerza mayor o en general la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, que esta debe acreditar para que tal causa de exoneración resulte operativa (SS.24-2-2003, 18-2-1998, 15-3-1999),...”*.

En quinto lugar, respecto a la antijuridicidad del daño, debemos recordar el anteriormente citado art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. Pues bien, en el presente caso, aplicando el criterio a contrario sensu el criterio jurisprudencial sobre la antijuridicidad del daño, debemos concluir que la actora no tiene el deber jurídico de soportar el daño, pues éste se deriva de hechos o circunstancias que se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél. Recuérdese en este sentido lo declarado por la antes citada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2015 (Recurso de casación n.º 3871/2013, Ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Roj STS 1568/2015, F.J. 3º). En concreto, empleando una diligencia normal y a tenor de los conocimientos científicos y técnicos existentes, el error de identificación en las muestras para biopsia no debería haberse producido y, en consecuencia, la paciente no debería haber sido erróneamente diagnosticada y tratada de un carcinoma ductal infiltrante grado 2. Al no haberse empleado la debida diligencia por la Administración sanitaria en el diagnóstico de la paciente, se ha producido un daño a la misma que resulta contrario al derecho a la protección de la salud constitucionalmente reconocido en el art. 43.1 de la Constitución (*“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*). A este respecto, resulta singularmente ilustrativa la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 (Recurso de casación n.º 7840/2004, Ponente D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, Roj STS 793/2009, F.J. 3º) cuando razona que: *“La respuesta pasa por recordar que, como hemos indicado en fechas recientes [sentencia de 7 de julio de 2008 (casación 4776/04, FJ 4º)], la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ 5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ 5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ 5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ 3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ 3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ 3º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04, FJ 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en*

que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos”.

En consecuencia, procede declarar que concurren todos los requisitos exigidos para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ejercitada por la recurrente.

CUARTO.- Sobre la cuantificación del daño.

Hemos de partir, a tal efecto, de las siguientes premisas:

Por una parte, los daños que se han considerado probados, tal y como se han plasmado en el Fundamento de Derecho anterior por referencia a lo que se recoge en la demanda y en el informe del perito D.

Por otra parte, la cantidad que la parte reclama como suma indemnizatoria asciende finalmente a 69.150 euros –apartado III del escrito de conclusiones–, siendo la cantidad inicialmente reclamada la de 75.134 euros, debiendo estar a la primera de ellas por elementales razones de congruencia.

En tercer lugar, en la cuantificación del daño, debe regir el principio de reparación integral del daño, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 (Recurso de casación n.º 5521/2010, Ponente D. Carlos Lesmes Serrano, Roj STS 8762/2012, F.J. 3º): *“la reparación del daño causado debe ser integral o restitutio in integrum -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral”.*

En cuarto y último lugar, aunque las partes cuantifican en sus respectivos escritos el daño por referencia al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, debemos dejar constancia de su alcance, tal y como ha sido precisado por el Tribunal Supremo, entre las más recientes, en la sentencia de 14 de octubre de 2014 (Recurso de casación n.º 2499/2013, Ponente D. Segundo Menéndez Pérez, Roj STS 4198/2014, F.J. 7º): *“Respecto de la no aplicación por la sentencia recurrida del baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, baste decir que tiene un carácter meramente orientador, no vinculante. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 9 de junio de 2009 (recurso de casación nº 1822/2005) dijo 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.” (...) para la realización de tal cuantificación puede acudir al baremo establecido para el Seguro Obligatorio del Automóvil, pero ello con carácter orientativo , como señala la sentencia de instancia y la jurisprudencia que acabamos de citar, por lo que no puede acogerse la alegación de la parte que exige que la indemnización se acomode a dicho baremo y considera contraria a derecho la sentencia de instancia en cuando no se ha ajustado al mismo y por la misma razón no puede imponerse una valoración fundada en dicha exigencia”.*”.

En consideración a los anteriores elementos debemos fijar la indemnización procedente en la suma reclamada de 69.150 euros, cantidad que la Sala considera suficiente a los efectos de lograr la reparación integral del daño producido.

La valoración de los distintos daños y perjuicios se justifica razonablemente por la actora por referencia al citado sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Ciertamente alguna de sus partidas puede contradecir

la estricta aplicación de las reglas del citado baremo, como sucede, por ejemplo, en el caso de la valoración del *pretium doloris* como concepto independiente de las lesiones permanentes. Lo mismo sucede con la valoración del perjuicio estético o el recurso a la analogía para tratar de encajar en el citado sistema las secuelas padecidas por la recurrente. Sin embargo, dicho apartamiento de las reglas del baremo está claramente justificado en un caso de las características del presente, en que una persona, innecesaria e injustificadamente, ha sido diagnosticada de un carcinoma que no padecía y ha tenido que someterse a un tratamiento para su curación, tratamiento que le ha supuesto graves secuelas físicas –por ejemplo, la segmentectomía izquierda- y psicológicas –por ejemplo, el trastorno depresivo reactivo-. Naturalmente no podemos, ni la Sala ni las partes que han comparecido en el presente proceso a sostener la corrección de la asistencia sanitaria prestada, situarnos en una posición desde la que valorar completamente y en su integridad el padecimiento físico y psicológico que ha tenido que soportar y sufrir la actora por tal proceder de la Administración sanitaria. En cambio, a lo que sí llega alcanza la Sala es a concluir que la cantidad de 69.150 euros solicitada como indemnización no excede, en ningún caso, de la suma debida como reparación integral del daño.

Al pago de dicha cantidad resultará obligada tanto la Administración como su aseguradora pues aunque el suplico de la demanda parece aludir solo a la primera respecto al principal, debe entenderse que implícitamente se interesa igualmente la condena de la segunda por tal concepto, pues a ello obliga la mención relativa a que se condene a ésta al pago de los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980 “*si se personara la compañía aseguradora del SERMAS*”.

QUINTO.- Sobre los intereses.

Debemos distinguir en relación a este concepto que también se reclama en la demanda.

Por una parte, se reclaman intereses de la indemnización desde la fecha de la reclamación administrativa. Estos son debidos a los efectos de lograr el principio de plena indemnidad. Como ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 24 de octubre de 2007 (Recurso de casación n.º 7835/2003, Ponente D. Agustín Puente Prieto, Roj STS 7504/2007, F.J. 2º), “*es jurisprudencia reiterada, y por ello consolidada, de esta Sala la de que en el caso de reconocimiento de indemnización por responsabilidad de la Administración, el principio de plena indemnidad en la reparación del perjuicio exige la actualización de la cantidad a satisfacer, lo que puede lograrse bien aplicando el índice de precios al consumo o bien reconociendo el derecho al abono de interés legal, entendiéndose que tal actualización constituye la justa compensación por la reparación del daño sufrido*”. Ha de reconocerse, por ende, el derecho de la recurrente al abono de los intereses legales de la cantidad fijada como indemnización, desde el día en que se formuló la reclamación administrativa hasta la fecha de notificación de esta sentencia, y a partir de dicha notificación se deberá proceder en la forma establecida por el artículo 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otra parte, respecto de la aseguradora, se solicitan los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. También estos son debidos en el presente caso. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha denotado la siguiente regla dirimente de su imposición, tal y como se manifiesta por ejemplo en la sentencia de 29 de marzo de 2011 (Recurso de casación n.º 2794/2009, Ponente D. Segundo Menéndez Pérez, Roj STS 1748/2011, F.J. 6º): “*Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay*

incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada”. Pues bien, en el presente caso, se considera que la postura de la aseguradora no puede calificarse de razonable a los efectos de la no imposición de los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en atención a los siguientes datos: la existencia del error en la identificación de muestras está reconocida por el propio Jefe de Servicio de Anatomía Patológica y por la Inspección Médica y no ha sido negada en el presente proceso; no se ha suscitado una auténtica controversia sobre la adecuación a la lex artis de la asistencia sanitaria prestada a la actora, soportada por pruebas sólidamente contradictorias respecto de las aportadas por la actora y los datos obrantes en el propio expediente administrativo –por ejemplo, el informe de la Inspección Médica-; y, por último, la indemnización solicitada y reconocida en modo alguno puede calificarse de notablemente exagerada.

SEXTO.- Sobre las costas.

El art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, establece que: *“En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”*. Por su parte, el art. 139.3 del mismo Texto Legal dispone que *“La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima”*.

En el presente caso, al haberse estimado íntegramente el recurso, procede imponer las costas de la presente instancia a la Administración y a su aseguradora, no existiendo razón alguna para acordar su limitación.

FALLO

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 770/2012, FORMULADO POR DOÑA CONTRA LA DESESTIMACIÓN PRESUNTA DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INSTADA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA RECIBIDA EN EL SERVICIO DE SALUD, DEBEMOS:

PRIMERO.- DECLARAR LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNADA.

SEGUNDO.- RECONOCER EL DERECHO DE LA RECURRENTE A SER INDEMNIZADA POR EL SERVICIO DE SALUD Y POR ..EN LA SUMA DE 69.150 EUROS, MÁS LOS INTERESES LEGALES DE DICHA CANTIDAD DESDE EL DÍA EN QUE SE FORMULÓ LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA HASTA LA FECHA DE NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIA, FECHA A PARTIR DE LA CUAL DEBERÁ PROCEDERSE EN LA FORMA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 106 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. SE IMPONEN A LA ENTIDAD ASEGURADORA LOS INTERESES DEL ART. 20 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO.

TERCERO.- SE IMPONEN LAS COSTAS CAUSADAS EN LA PRESENTE INSTANCIA A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA Y A SU ENTIDAD ASEGURADORA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con copia certificada de esta y comunicación.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará en legal forma, 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. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de hoy 19/06/2015, de lo que, como Secretario, certifico.