



Letrado	MARGARITA MARTIN FILGUEIRA	P/11/11/00639
Procedimiento		Juzgado Primera Instancia 34 Barcelona
Notificación	25/03/2014	Resolución 14/03/2014
Procesal	... INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN. Plazo: 20 días	

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 34
DE BARCELONA

JUICIO ORDINARIO [REDACTED]

SENTENCIA nº38/14

Barcelona, catorce de marzo de dos mil catorce

Anna Esther Queral Carbonell, Magistrada-jueza del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona, he visto las actuaciones de JUICIO ORDINARIO registradas con el número [REDACTED], a instancia de la sra. [REDACTED], representada por el procurador Francesc Ruiz Castel y con la asistencia letrada de la sra. Margarita Martín Figueira, contra la entidad aseguradora ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA, representada por el procurador Octavio Pesqueira Roca y con la asistencia letrada del sr. [REDACTED], sobre negligencia médica y reclamación de cantidad, en atención a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El procurador de la parte actora interpuso demanda de juicio ordinario, en fecha 21 de noviembre de 2012, en la que después de alegar los hechos y los fundamentos de derecho que entendía de aplicación, acabó solicitando que se dictase una sentencia de conformidad con sus peticiones.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para que compareciese y la contestase en plazo, lo que hizo por escrito de fecha 16 de enero de 2013.

TERCERO: El día 21 de mayo de 2013, tuvo lugar la celebración de la audiencia previa al juicio. En ésta, las partes no llegaron a un acuerdo; fijaron el objeto del proceso, y propusieron los medios de prueba que creyeron oportunos. Previa declaración de pertinencia,

	<p>... 34 de Barcelona, he visto las actuaciones de JUICIO ORDINARIO registradas con el número [REDACTED], a instancia de la sra. [REDACTED], representada por el procurador Francesc Ruiz Castel y con la asistencia letrada de la sra. Margarita Martín Figueira, contra la entidad aseguradora ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA, representada por el procurador Octavio Pesqueira Roca y con la asistencia letrada del sr. [REDACTED], sobre negligencia médica y reclamación de cantidad, en atención a los siguientes,</p>	<p>Fecha: 14/03/2014 14:02</p> <p>Página 1 de 1</p>
--	---	---

se señaló día para la celebración del juicio, quedando concluso el acto de la audiencia.

CUARTO: El día 16 de octubre de 2013 las partes solicitaron la suspensión del procedimiento a los efectos de intentar alcanzar un acuerdo. En fecha 9 de enero de 2014, la parte actora comunicó la imposibilidad de conseguir ningún acuerdo, solicitando el señalamiento del juicio.

QUINTO: El día 13 de marzo de 2014, tuvo lugar la celebración del juicio, en el que se practicó la prueba admitida y declarada pertinente. Las partes emitieron sus respectivas conclusiones y, posteriormente, las actuaciones quedaron vistas para dictar sentencia.

SEXTO: En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La demandante ejerce una acción de responsabilidad contractual en base al contrato de seguro asumido por la entidad aseguradora Zurich que cubre la responsabilidad civil de los médicos adscritos a la póliza colectiva suscrita por el Consell de Col·legis de Metges de Catalunya, en concreto, del [REDACTED] y el Dr. [REDACTED] s. Fundamenta la demanda en el error y el retraso atribuibles a los médicos asegurados en el diagnóstico y en el tratamiento del cáncer de mama que sufrió la demandante, que podía haberse diagnosticado en una fase muy temprana a su evolución, por lo que el tratamiento médico a seguir hubiera sido mucho menos agresivo y las expectativas de alcanzar la remisión prácticamente totales.

En el suplico de la demanda solicita que se condene a la parte demandada a pagarle la cantidad de 143.956,41 €, por distintos conceptos que concreta, más los intereses legales del artículo 20 LCS.

SEGUNDO: La parte demandada Zurich admite la existencia de un retraso en el diagnóstico de la enfermedad de la demandante, si

--	--	--

bien se opone a la indemnización solicitada, debiéndose estar a la que pericialmente se determine por la pérdida de oportunidad sufrida, si es que existe.

En concreto se opone a la indemnización por el periodo en que la actora estuvo sin diagnóstico pues no sufrió ninguna baja ni molestia derivada de la enfermedad ni dolor moral, pues no sabía que existía. Tampoco procede indemnizar el periodo en que siguió el tratamiento médico y las bajas pues derivan de la patología y no del retraso. No queda acreditado que el retraso en el diagnóstico haya implicado que la medicación suministrada haya sido más fuerte e intensa, pues es muy difícil de establecer. La hipoacusia en el oído derecho y la agravación del izquierdo derivan de la enfermedad y su tratamiento, no del retraso. No procede asumir tampoco las facturas de la clínica privada a la que asistió voluntariamente. Se opone también a la indemnización por las consecuencias derivadas del tratamiento de quimioterapia recibido pues se le hubiera suministrado con o sin retraso médico, como ocurre en todos los casos de cáncer de mama.

Únicamente procedería indemnizar, en su caso, la pérdida de la oportunidad sufrida, que de existir sería mínima, pues en 2012 se encuentra asintomática, sin ganglios, ni recidiva de la patología. Los intereses moratorios del artículo 20 LCS deberían a lo sumo calcularse desde la finalización del tratamiento hormonal en octubre de 2009.

TERCERO: De conformidad con lo invocado en la contestación a la demanda y en la fijación de los hechos controvertidos que tuvo lugar en el acto de la audiencia previa al juicio, la parte demandada reconoce que efectivamente existió un retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que sufrió la demandante, discrepando las partes en cuanto a la fecha de su inicio. Sin embargo niega que dicho retraso haya causado ningún daño ni ninguna pérdida de oportunidad, pues según su informe pericial el tratamiento prescrito hubiera sido el mismo de no existir el retraso médico.

El objeto del proceso consiste en determinar el alcance del retraso médico en el diagnóstico de la enfermedad de la demandante reconocido por la parte demandada y si del mismo derivaron los daños y perjuicios que indica la actora o, en su caso, alguna pérdida de oportunidad para aquella.

	<p>El presente documento es una copia digitalizada de un documento original. No se garantiza la exactitud de la transcripción de los caracteres especiales o la correcta interpretación de los signos de puntuación. En caso de discrepancia, prevalecerá el original.</p>	
--	--	--

Para resolver el litigio, procede partir de la relación de hechos acaecidos, en parte reconocidos y en parte probados según se expondrá, relativos al proceso de diagnóstico, seguido en el Hospital Universitari Arnau de Vilanova de Lleida, del cáncer de mama que afectaba a la demandante.

- La demandante se realizaba controles ginecológicos y mamográficos anuales habida cuenta de que presentaba "mamas densas con quistes", con resultados sin problemas desde 2002 a 2004 (documento 1 y 13 de la demanda).

- En junio 2004, se constata la existencia de micro calcificaciones en la mama derecha, cuadrante superior externo, de aspecto benigno, que en la biopsia arrojan un diagnóstico de adenosis simple, adenosis esclerosante, presencia de micro calcificaciones -patología benigna según los tres peritos- (documentos 2, 2.5 y 2.6 de la demanda).

- En marzo 2005, se practica una nueva mamografía en la que se evidencia un aumento de las micro calcificaciones (documento 5 y 12 de la demanda). Se realiza una core biopsia de la muestra extraída, sin embargo el diagnóstico según el informe anatomopatológico fue de "ausencia de micro calcificaciones" (documentos 3.2 y 3.3 de la demanda), lo que hizo suponer que no se había extraído la muestra de la zona afectada, según lo han explicado los peritos. Por ello en junio 2005 se practica una biopsia excisional, extirpándose un área de tejido mamario de 3,5 x 3 cm. y una ampliación del borde inferior de 3 x 2 cm. Se aconseja control mamográfico de la pieza operativa. En el informe anatomopatológico se diagnostica "adenosis esclerosante, hiperplasia epitelial ductal moderada sin atipias y presencia de micro calcificaciones" (documentos 3.11 y 3.12 de la demanda). Los peritos han explicado en juicio que la adenosis y la hiperplasia sin atipias son patologías benignas.

A pesar de lo que indica el patólogo, el Dr. [REDACTED], que realizaba los controles de la demandante en el Hospital Arnau de Vilanova, en su informe de 28/6/2005 hace constar que el diagnóstico es de micro calcificaciones calificadas de BI-RADS 4- "Breast Imaging Reporting and Data System"-: adenosis esclerosante hiperplasia ductal "atípica" moderada (documento 3.13

--	--

lo cual se determina comparando el volumen de la pieza y la mamografía anterior y comprobando que la pieza evidencie márgenes limpios de micro calcificaciones, pues puede haberlas que sean benignas y otras malignas (informes periciales aportados de documentos 12 y 13 de la demanda y aclaraciones en juicio).

En ello discrepa el perito de la parte demandada, Dr. [REDACTED] también oncólogo, que si bien reconoce que es lo adecuado y previsto en el protocolo, añade que el estudio radiográfico de la pieza no asegura que no puedan quedar micro calcificaciones en la mama y destaca que lo relevante era que el resultado del informe anatomopatológico era de benignidad.

Hay que destacar que dicho estudio esta previsto en el protocolo de actuación con la finalidad expuesta por las peritos de la parte actora y además se recomendó al prescribir la biopsia excisional de la zona afectada por las micro calcificaciones BI-RADS 4, según se hace constar en el documento 3.11 de la demanda, sin embargo no se practicó. Contrariamente dicho estudio si que se llevó a cabo en el Institut Dexeus cuando en el 2006 la paciente acudió para tener una segunda opinión, como veremos (documentos 8.9 y 9 de la demanda).

En definitiva ante una mama con micro calcificaciones, según la mamografía de marzo 2005, calificadas de BI-RADS 4, lo que supone una sospechosa de malignidad según el protocolo SEGO, se practicó, como estaba indicado, una biopsia excisional para obtener un diagnóstico de la lesión. De conformidad con el mencionado protocolo "la finalidad de las biopsias excisionales debería ser la extirpación completa de la lesión con márgenes libres de tumor (documento 14.3 de la demanda). El resultado del informe anatomopatológico fue de benignidad, como se ha dicho, en concreto "adenosis esclerosante, hiperplasia epitelial ductal moderada sin atipias y presencia de micro calcificaciones". Sin embargo lo reprochable es que no se emplearan todos los medios médicos al alcance para comprobar que la lesión se había extirpado totalmente, es decir, que no quedaban en la mama micro calcificaciones sin analizar, cuando eran BI-RADS 4 o sospechosas de malignidad, teniendo en cuenta que algunas pueden ser benignas si bien otras malignas, según las peritos de la demandante. En consecuencia, a pesar del resultado de patología benigna, se desconocía y no se intentó evitar, como se pudo haber hecho con un estudio radiográfico de la muestra extraída, que no quedaban micro

calcificaciones sin diagnóstico, lo que como veremos así fue. Ante el diagnóstico de patología benigna –si bien sin descartar que quedaran micro calcificaciones BI-RADS 4 sin diagnosticar que pudieran constituir un carcinoma o al menos sin intentarlo- el Dr. [REDACTED] del Hospital Arnau de Vilanova indicó un control en seis meses.

- Existió otro destacable error médico con el consiguiente retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que sufría la demandante. En diciembre 2005 se realizó la mamografía de control a la demandante y según el Dr. [REDACTED] del Hospital Arnau de Vilanova no existían micro calcificaciones. En concreto se transcribe “no se observan micro calcificaciones agrupadas, focalidades asimétricas ni distorsiones de malignidad” por lo que se recomienda un control “por edad o si existen variaciones clínicas”.

No cabe entender, como pretende la defensa de la parte demandada, que el hecho de descartarse micro calcificaciones “agrupadas” pueda significar que las hubiera de otro tipo, no agrupadas, pues sería una omisión médica reprobable no haberlo hecho constar (documento 3.14 de la demanda).

A pesar de concluir que no había micro calcificaciones y recomendar un mero control periódico, lo cierto fue que las había, lo que conllevó que no se practicara la indicada biopsia para un diagnóstico de las mismas, como debiera haberse hecho.

A la vista de la mamografía de diciembre 2005 aportada de documento 6 de la demanda, la perito radióloga de la parte demandante, Dra. [REDACTED], concluye en su informe que efectivamente se observa “persistencia de un grupo de micro calcificaciones en idéntica localización que en la mamografía anterior aunque en menor número” (documento 12 de la demanda).

Asimismo dicha existencia de micro calcificaciones en diciembre 2005 se deduce de los informes emitidos por el CAP [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] en agosto de 2006. En dicha fecha la demandante acude a su médico de cabecera al palpase un nódulo en la mama derecha –no por ningún control médico prescrito-. El 7/8/2006 se le realiza una mamografía y en ella se observa una agrupación de micro calcificaciones en el cuadro superior externo de la mama derecha (QSE de MD) de aspecto indeterminado respecto

[REDACTED]	[REDACTED]
------------	------------

de lo que se acuerda practicar un estudio histológico. Al poner de manifiesto la demandante que ya se le habían practicado dos biopsias de micro calcificaciones en dicha mama, la radióloga Dra. ■■■■ hace constar en su informe que desconoce qué micro calcificaciones fueron biopsiadas, cuándo y con qué resultado histológico, pues no se dispone de información. Por ello solicita el historial mamográfico y anatomopatológico al Hospital Universitari Arnau de Vilanova (documento 4 de la demanda).

Resulta concluyente el siguiente informe de la radióloga Dra. ■■■■ de fecha 14/8/2006 que, a la vista de las mamografías previas (cabe entender que eran las marzo y diciembre 2005), determina que se comprueba "la persistencia, mas bien el aumento en número desde hace seis meses, del grupo de micro calcificaciones a QSE de MD, por lo que sigue indicando su exéresis quirúrgica previo marcaje con arpon". Se concluye en dicho informe: "micro calcificaciones agrupadas en QSE MD, candidatas a exéresis quirúrgica (BI-RADS 4). Quistes mamarios derechos, se evacua el retroareolar. Se remitirá estudio citológico cuando se disponga." (documento 4.2 de la demanda). El documento 4.5 recoge el informe anatomopatológico de los quistes en el que se diagnostica que no existen en ellos células malignas.

En definitiva, a pesar de que el Dr. ■■■■ del Hospital Universitari Arnau de Vilanova concluyó a raíz de la mamografía de control de diciembre 2005 que no se observaban micro calcificaciones, lo cierto fue que existían. Las había en menor número que en la mamografía anterior de marzo 2005, según el informe pericial de la radióloga Dra. ■■■■. Al respecto todos los peritos declaran en juicio que se trataba de micro calcificaciones preexistentes ya en marzo y junio 2005, que no se extirparon con la biopsia excisional, pues en tan poco tiempo no podían ser nuevas. En este sentido lo ha reconocido el mismo perito de la parte demandada. Ello a la vez confirma la omisión médica previa de no haberse asegurado en junio 2005 que se había extirpado toda la lesión, lo que pudo haberse hecho con un estudio radiográfico de la pieza quirúrgica, para confirmar la presencia de todas las micro calcificaciones, en que se hubiera advertido que los márgenes no eran limpios.

Por otro lado el resultado de la mamografía de agosto de 2006 fue que "persistían micro calcificaciones BI-RADS 4 desde hacia seis meses y habían aumentado" (documento 4.2 de la radióloga Dra.

--	--

█████ y documento 7 de la demanda). Es decir, en agosto 2006 se concluye que el grupo de micro calcificaciones ha aumentado desde hace seis meses, de modo que en diciembre 2005 había micro calcificaciones, como lo afirma la perito Dra. █████. Sin embargo el Dr. █████ de Hospital Universitari Arnau de Vilanova en diciembre 2005 concluyó que no las había y prescribió un mero control a la paciente en lugar de la exéresis o biopsia excisional que debió hacer.

- Así las cosas, a saber, en agosto 2006 se le prescribe una nueva exéresis por persistencia y aumento de micro calcificaciones BI-RADS 4 desde hace seis meses, cuando en diciembre 2005 se le había indicado que no tenía, la demandante decide acudir al Institut Dexeus (documento 10.29 de la historia clínica del Hospital Universitari Arnau de Vilanova).

En fecha 6 de noviembre de 2006, se le practica una biopsia excisional, con señalización radiológica previa y control radiológico posterior de la pieza quirúrgica (lo que se omitió en junio 2005 en el Hospital Universitari Arnau de Vilanova) (documento 8 de la demanda). El resultado diagnóstico fue de carcinoma ductal infiltrante grado II en contacto con los márgenes quirúrgicos, componente intraductal en la periferia del tumor infiltrante, en cuadrante superior externo de la mama derecha. La dimensión del tumor era de 1.2 cm. El 22 de noviembre se completa el tratamiento quirúrgico de mama derecha con ampliación de la tumorectomía previa, con señalización radiológica y técnica de ganglio centinela (documento 8.12 e informe pericial del Dr. █████). Resultan márgenes quirúrgicos limpios, hiperplasia ductal sin atipias; se analizan tres ganglios centinelas (ganglios de la axila más cercanos al seno para comprobar si se han afectado) cuyo diagnóstico fue negativo, descartándose así una metástasis en dichos ganglios. Se recomendó tratamiento de quimioterapia, radioterapia y hormonoterapia (documentos 8.5, 8.9 y 8.12 de la demanda).

- La demandante recibió en el Hospital Universitari Arnau de Vilanova tres tratamientos, a saber, quimioterapia del 27/12/2006 al 18/4/2007 (6 ciclos de 21 días) con los efectos indeseables propios de la misma; inmediatamente después recibió 26 sesiones de radioterapia, para evitar recidiva a nivel local, que finalizaron en julio de 2007, y posteriormente siguió tratamiento hormonal con Tamoxifeno que debió interrumpir por intolerancia, iniciando Letrozol (documento 10 de la demanda, en concreto 10.24 y 10.30 y siguientes de la historia clínica e informe pericial de la Dr.

██████). Una vez finalizados ha seguido controles periódicos en el Institut Dexeus sin hallazgos patológicos significativos, siendo el último aportado de fecha 5/6/2012 (documento 11 de la demanda).

En la misma historia clínica se resume lo expuesto y se destaca tanto la contradicción entre el informe anatomopatológico de junio 2005 que no diagnosticaba atipias y el del Dr. ████████ que las recoge, como el hecho de que a pesar de no observarse micro calcificaciones en diciembre 2005, en la siguiente mamografía de agosto 2006 se indicaba que habían aumentado respecto de la prueba de hacía 6 meses (incluyendo signos de exclamación) (documento 10.42 y 10.43 de la demanda).

CUARTO: En resumen, el reconocido por la entidad demandada retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que sufría la demandante debe situarse, en primer lugar, en junio 2005, cuando a raíz de la exéresis o biopsia excisional practicada en la mama derecha de la actora y a pesar del resultado de benignidad de las micro calcificaciones extraídas y analizadas, no se realizó un estudio radiológico de la pieza extraída para confirmar la presencia de todas las micro calcificaciones y comprobar que no quedaban en el interior micro calcificaciones BI-RADS 4 sin diagnosticar que pudieran constituir un carcinoma o al menos intentarlo con los medios médicos al alcance. Ello no se hizo y el Dr. ████████ del Hospital Arnau de Vilanova, ante el diagnóstico de benignidad, indicó un control en seis meses.

Sin embargo quedaban micro calcificaciones BI-RADS 4 sin diagnosticar, como se deduce de la mamografía de diciembre 2005, según a cual "persiste" un grupo de micro calcificaciones en idéntica localización que en la mamografía anterior aunque en menor número, pues otras ya habían sido extraídas; concluyendo los tres peritos que debían ser las mismas que había en marzo y junio 2005 y que no se habían extraído con la biopsia excisional pues en tan poco tiempo no podían haber surgido de nuevas. Existió pues un diagnóstico de patología benigna erróneo, pues de haberse extirpado y analizado todas las micro calcificaciones se hubiera podido advertir su malignidad en algunas de ellas, en forma de carcinoma. Otro error se produjo al no advertir el Dr. ████████ micro calcificaciones en la mamografía de diciembre de 2005, cuando las había, lo que hubiera conllevado una nueva biopsia y hubiera podido enmendar el error de junio 2005, en que se dejaron micro calcificaciones sin diagnosticar.

--	--

En definitiva, existían micro calcificaciones BI-RADS 4 sospechosas de malignidad desde marzo 2005 que no se extrajeron en su totalidad ni por tanto se analizaron con la biopsia excisional de junio 2005, siendo reprobable no haber realizado una exploración radiológica de la pieza quirúrgica, ni se advirtió su persistencia en la siguiente mamografía de diciembre 2005, y no fue hasta agosto 2006 en que, en el centro de atención primaria al que acudió la demandante por palpase un bulto, se comprobó que las había y en aumento desde hacía seis meses, lo que conllevó la biopsia excisional de noviembre 2006, en el Institut Dexeus, con la que se diagnosticó el carcinoma ductal infiltrante. Debe concluirse por ende que pudo diagnosticarse el cáncer de mama desde junio de 2005, empleando los medios médicos al alcance según lo expuesto, pero no se hizo y la enfermedad evolucionó sin tratamiento. Como se ha expuesto, la misma parte demandada al contestar la demanda reconoce un retraso en el diagnóstico.

QUINTO: Definido y concretado el retraso imputable a los médicos asegurados por la entidad demandada, procede analizar si del mismo derivan los daños y perjuicios que invoca la demandante, al entender que una mayor premura en su diagnóstico le hubiera permitido seguir un tratamiento menos agresivo, o si ha existido alguna pérdida de oportunidad, a que alude la parte demandada para negar que la hubiera, pues defiende que a pesar del retraso en el diagnóstico del cáncer de mama, el pronóstico y los tratamientos hubieran sido los mismos.

Cabe preguntarse qué hubiera pasado si en junio de 2005 se hubieran analizado todas las micro calcificaciones BI-RADS 4 -que seguían en el interior de la mama de la demandante-, lo que no se intentó descartar a través de la recomendada radiografía de la pieza extraída, según el protocolo de actuación. Al respecto parece razonable concluir que se hubiera diagnosticado entonces y no en noviembre de 2006, como se hizo, que la actora padecía un cáncer de mama. En este sentido la parte demandada reconoce el retraso en el diagnóstico y su perito ha declarado en juicio que la demandante padecía cáncer hacía años, si bien añade que las pruebas no lo indicaban. Cabe entender también que éste hubiera podido ser un "carcinoma intraductal o carcinoma ductal in situ", de menor gravedad que el que se le diagnosticó un año y medio después de "carcinoma ductal infiltrante" que conlleva un riesgo de metastasis por su invasión del estroma (informe pericial de la Dra.

--	--

■ y la Oncoguía de mama aportada de documento 15 de la demanda). Ello debe concluirse por ser el carcinoma ductal in situ la fase previa del carcinoma ductal infiltrante, según lo reconocen los tres peritos. En este sentido además el diagnóstico concreto fue de "carcinoma ductal infiltrante grado II, en contacto con los márgenes quirúrgicos, componente intraductal en la periferia del tumor infiltrante", es decir, había un componente intraductal que corrobora dicha evolución, la cual se hubiera podido evitar, según la perito Dra ■

La entidad aseguradora demandada defiende que, a pesar del reconocido retraso en el diagnóstico, el resultado y los tratamientos hubieran sido los mismos -carcinoma ductal infiltrante-, pues según su perito el paso del estadio de "carcinoma intraductal o carcinoma ductal in situ" al más grave de "carcinoma ductal infiltrante" sucede en años, por lo que concluye que en junio 2005 el carcinoma que padecía la demandante debía ya ser infiltrante y hubiera requerido de los mismos tratamientos a que se sometió.

Discrepan rotundamente las peritos de la parte actora de ello pues precisamente la recomendación médica de realizar periódicos controles de las glándulas mamarias tiene por finalidad obtener un diagnóstico precoz de las lesiones malignas, que en un estadio inicial -carcinoma intraductal o carcinoma ductal in situ- resultan ser menos peligrosos y susceptibles de un tratamiento menos invasivo que el de carcinoma ductal infiltrante, que conlleva un riesgo de metastasis y requerirá quimioterapia.

Todos los peritos están de acuerdo en que un carcinoma ductal in situ no hubiera requerido quimioterapia, aunque sí tratamiento hormonal. Sin embargo discrepan sobre si hubiera precisado o no radioterapia. Mientras que la perito de la parte actora, Dra. ■ afirma que si la lesión extirpada presenta unos márgenes libres, la biopsia excisional o exéresis sin radioterapia sería suficiente, el perito de la parte demandada, Dr. ■, considera que en todo caso sería necesario aplicar tratamiento de radioterapia. Al respecto la Guíaonco de la mama aportado de documento 15 de la demanda establece que "la radioterapia complementaria a la cirugía retrasa la tasa de recaída en la mama y en las áreas ganglionares y mejora la supervivencia". En el caso de un carcinoma ductal in situ se establece que si ha practicado tratamiento quirúrgico conservador (exéresis quirúrgica de la lesión) "se recomienda radioterapia de mama (45-50 Gy) de forma estándar y, si los márgenes quirúrgicos

--	--

están libres, la sobreimpresión radioterápica del lecho quirúrgico no es necesaria. En ausencia de factores de riesgo de recidiva local, se puede valorar no realizar radioterapia." De ello cabe entender que ambos peritos llevaban razón pues en presencia de márgenes libres no sería necesaria radioterapia y en otro caso sí, aun siendo un carcinoma ductal in situ. Es decir cabría hablar de tratamiento con simple tumorectomía o de tumorectomía más radioterapia, según el tipo de carcinoma ductal in situ, de modo que no puede resolverse con seguridad que la demandante no hubiera requerido también dicho tratamiento de radioterapia.

En definitiva cabe entender que siendo el carcinoma ductal in situ un estadio previo al carcinoma ductal infiltrante que se diagnosticó a la demandante en noviembre 2006, pudo ya en junio 2005 o en diciembre 2005 haberle sido diagnosticado el cáncer de mama en su fase inicial de carcinoma ductal in situ, que no hubiera requerido quimioterapia con los efectos negativos y adversos que supone según es sabido y conocido y le supusieron según la historia clínica (documento 10 de la demanda) y el informe pericial de la Dra. [REDACTED]

Efectivamente en junio de 2005 ante la presencia de micro calcificaciones BI-RADS 4 no analizadas, según lo expuesto, y de haberse advertido que subsistían con el estudio radiográfico omitido (previsto en el protocolo de actuación de la SEGO) o de haberse evitado el error de diagnóstico en la mamografía de diciembre 2005 sobre ausencia de micro calcificaciones, cuando las había, lo que hubiera conllevado una nueva biopsia excisional, se habría advertido el carcinoma con mayor antelación, que por el tiempo transcurrido hasta el tardío diagnóstico -más de un año- hubiera podido ser un carcinoma ductal in situ, según lo concluyen convincentemente los peritos de la demandante.

SEXTO: No puede concluirse, como lo pretende la entidad aseguradora demandada, que el importante retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que padecía la demandante y que evolucionaba sin tratamiento -de más de un año en los términos expuestos y concluidos y partiendo de lo relevante que resulta el diagnóstico precoz en estos casos-, no hubiera variado el tratamiento ni las consecuencias para la actora, sin pérdida de oportunidades, pues por lo pronto un diagnóstico a tiempo de un carcinoma ductal in situ, en lugar del ya avanzado y más peligroso carcinoma ductal infiltrante con riesgo de metástasis, no hubiera requerido de quimioterapia con

[REDACTED]	[REDACTED]
------------	------------

sus efectos adversos e indeseables (náuseas, vomitos, astenia, pérdida del cabello, sequedad en la piel, lesiones en la boca). No hay duda tampoco que la toma de conciencia por la demandante en un momento dado de que la enfermedad preexistía sin diagnóstico y el inevitable interrogante de qué hubiera pasado si se hubiera diagnosticado antes y el riesgo de metastasis asumido, ha debido causarle una angustia vital importante, calificable jurídicamente de daño moral indemnizable.

En consecuencia procede resolver que ha existido un retraso importante, de más de un año, en el diagnóstico del cancer de mama que sufría la demandante, imputable a los médicos asegurados por la parte demandada, la cual deberá responder de los daños y perjuicios derivados, de conformidad con el contrato de seguro suscrito que cubre la responsabilidad civil de aquellos.

Procede analizar y resolver sobre la indemnización solicitada por la demandante. En concreto, reclama:

1.- 15.012,6 € por el periodo del 1/6/2005, en que pudo habersele diagnosticado el tumor hasta el 6/11/2006 en que efectivamente se diagnosticó (524 días no improductivos).

No procede estimar esta reclamación pues lo indemnizable no puede ser el periodo del retraso en el diagnóstico en si, sino los daños y perjuicios derivados de dicho retraso, entendido como el distinto tratamiento que hubiera podido seguir y las consecuencias físicas y psíquicas sufridas a raíz del retraso imputable.

2.- 28.781,2 € por el periodo del 8/11/2006 hasta el día 3/5/2008 en que estuvo de baja por los diferentes tratamientos (541 días improductivos).

Resulta necesario distinguir los tratamientos prescritos y seguidos, a saber, quimioterapia, radioterapia y hormonoterapia, pues según lo concluido el único que se podía haber evitado con un diagnóstico a tiempo, teniendo en cuenta que el retraso fue de más de un año y previsiblemente se hubiera podido diagnosticar un carcinoma ductal in situ, hubiera sido el de quimioterapia. El tratamiento hormonal era inevitable con los dos estadios del cáncer de mama, según todos los peritos, y el de radioterapia, según se ha

--	--

motivado, no puede resolverse que se hubiera podido evitar

En consecuencia procede indemnizar el periodo de duración del tratamiento de quimioterapia que no tendría por qué haber seguido, computado desde el día 8/11/2006, en que empezó su baja laboral para someterse a quimioterapia que empezó el día 27/12/2006 (documentos 10 y 16 de la demanda) y hasta el día que lo finalizó -18/4/2007-, esto es 147 días improductivos a 50,35 €/día (baremo de 2007), lo que supone **7.401,45 €**.

3.- No procede estimar las indemnizaciones de 6.277,6 € y de 6.360,3 € por el tratamiento hormonal seguido, pues se hubiera prescrito igualmente con un carcinoma ductal in situ, según todos los peritos, y su mala respuesta fue consecuencia de la intolerancia de la paciente, no siendo ello atribuible al retraso médico.

4.- 773,23 € por hipoacusia ligera en oído derecho y agravación de la hipoacusia que padecía en el oído izquierdo a consecuencia del tratamiento de quimioterapia.

No puede concluirse que hipoacusia ligera del oído derecho y la agravación de la hipoacusia que padecía en el oído izquierdo sean consecuencia derivada del tratamiento de quimioterapia, teniendo en cuenta que precisamente la demandante sufría como antecedentes clínicos una hipoacusia en el oído izquierdo y los mismos peritos de la parte actora han declarado en juicio que no se puede advenir su nexo de causalidad con el tratamiento.

5.- 11.751,48 €, por facturas abonadas al Institut Dexeus al que acudió ante la pérdida de confianza de la sanidad pública.

Debe estimarse esta pretensión, pues ante la constatación por la demandante de que persistían micro calcificaciones sospechosas de malignidad en agosto de 2006, según la mamografía realizada en su CAP a raíz del bulto que se detectó, lo que supuso la evidencia de que en la anterior de diciembre de 2005 las había, a pesar de que le dijeran que no, y ello a pesar también de la exéresis a la que se sometió en junio 2005, supuestamente para eliminarlas todas, resulta lógico y razonable que uno pierda la confianza del centro al que acude y decida solicitar una segunda opinión. Por esta razón resulta procedente concluir que los gastos médicos asumidos en el

Institut Dexeus al que acudió la demandante son consecuencia del error y retraso médico en el diagnóstico, pues de no haberlo habido no se hubieran generado. Ello no es óbice para acudir de nuevo a la sanidad pública para someterse al tratamiento médico una vez diagnosticada la enfermedad, pues ello era ya inevitable y su éxito no dependía del centro en que lo recibiera, sin tener por que asumir más gastos de los necesarios ante la situación existente, que como tales han de considerarse los destinados a conocer el verdadero diagnóstico ante la incertidumbre generada al constatarse la persistencia de micro calcificaciones sospechosas de malignidad sin analizar desde hacia tiempo.

En consecuencia procede estimar la reclamación de los **11.751,48 €** abonados por la demandante en concepto de facturas médicas del Institut Dexeus (documento 19 de la demanda).

6.- 25.000 € por las consecuencias que le supuso el tratamiento de quimioterapia al que fue sometida innecesariamente.

Resulta procedente estimar la reclamación de **25.000 €** por este concepto, pues según se ha concluido el retraso en el diagnóstico supuso hallar en un estadio avanzado y más peligroso el cáncer de mama -carcinoma ductal infiltrante- en lugar del que un año y medio antes se hubiera podido diagnosticar -carcinoma intraductal o in situ- el cual no hubiera requerido del tratamiento con quimioterapia, ni en consecuencia la demandante hubiera sufrido los efectos adversos y negativos derivados de aquél, que constituyen un hecho notorio, se recogen en la historia clínica de la paciente y en el informe pericial de la parte actora.

7.- 50.000 € por daños morales.

No hay duda y parece del todo lógico y creíble que la constatación de un retraso tan relevante -un año y medio- en el diagnóstico de una enfermedad como el cáncer de mama, con la incertidumbre de qué hubiera pasado si se hubiera diagnosticado mucho antes, ha de generar una importante angustia, impotencia, dolor y hasta desesperación, más allá de la propia derivada de la misma enfermedad. En consecuencia procede entender que han existido daños morales derivados de dicho retraso, que se estima adecuado fijarlos en los **50.000 €** reclamados.

--	--

SÉPTIMO: En definitiva y por todo lo expuesto procede estimar en parte la demanda y condenar a la parte demandada, como aseguradora de los médicos actuantes, a pagar a la actora la cantidad de **94.152,99 €**, más los intereses legales del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, a contar desde el día 6 de noviembre de 2006, fecha en que se evidenció el retraso en el diagnóstico de la enfermedad, que cabe considerar como siniestro indemnizable (documento 8 de la demanda).

OCTAVO: No se hace expresa imposición de las costas procesales, habida cuenta de la estimación parcial de la demanda (art. 394.2 LEC).

Vistos los preceptos legales y otros de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMO EN PARTE la demanda interpuesta por la sra. [REDACTED] [REDACTED] representada por el procurador Francisco Ruiz Castel, contra la entidad aseguradora ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA, representada por el procurador Octavio Pesqueira Roca, y **CONDENO** a la parte demandada a pagar a la actora la cantidad de **94.152,99 €**, más los intereses legales del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, a contar desde el día 6 de noviembre de 2006.

No se hace expresa imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a su notificación.

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, la admisión del recurso precisará que, al interponerse, se haya consignado en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado en BANESTO, la cantidad de 50 euros de depósito, lo que deberá ser acreditado.

<p>El Jefe de Sala de lo Penal, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Civil, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Social, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Penal, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Civil, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Social, Sr. J. J. [REDACTED]</p> <p>El Jefe de Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sr. J. J. [REDACTED]</p>	<p>[REDACTED]</p>
---	-------------------

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

De conformidad con el artículo 8.2. de la Ley 10/2012 por la cual se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, el justificante del pago de la tasa de acuerdo con el modelo oficial, debidamente validado (modeio 696 autoliquidación) acompañará el escrito mediante el cual se interponga recurso de apelación contra esta sentencia. Hay que advertir que la falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de forma que la ausencia de enmienda de tal deficiencia, después del requerimiento del Secretario judicial al hecho que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según corresponda.

Así lo pronuncio, lo mando y firmo.

--	--