

FRANCESSC RUIZ CASTEL		Referencia	07/0826
Cliente	[REDACTED]		
Letrado	MARGARITA MARTIN FILGUEIRA		
Procedimiento	4ª Sección 4ª Contencioso Administrativo T.S.J.C.		
Notificación	06/11/2013	Resolución	13/09/2013
Procesal			

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Recurso nº [REDACTED]

Parte actora: [REDACTED]

Parte demandada: INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT y ZURICH INSURANCE PLC.

SENTENCIA nº 919/2013

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

DÑA. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT

DÑA. MARÍA FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA

En Barcelona, a trece de septiembre de dos mil trece.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA), constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por D. [REDACTED] comparecido en autos en sustitución de Dña. [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Francesc Ruiz Castell, y asistido por la Letrada Dña. Margarita Martín Filgueira, contra la Administración demandada INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT representada por el Procurador D. Alfredo Matínez Sánchez y asistido por la Letrada Dña. [REDACTED]

Es parte codemandada ZURICH INSURANCE PLC, representada por el

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D/D^a. M^a Luisa Pérez Borrat, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

Segundo.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

Tercero.- Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

Cuarto.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

Quinto.- Se señaló para votación y fallo de este recurso, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En fecha 26 de noviembre de 2007 la representación de la Sra. [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio de la reclamación efectuada ante el ICS, en fecha 31 de octubre de 2006, en solicitud de indemnización por daños y perjuicios derivados del anormal funcionamiento de la asistencia sanitaria que había recibido la reclamante en el CAP de Sant Pere de Ribes y en la posterior en el Hospital de Bellvitge y en el ICO por retraso en el diagnóstico de la recidiva. Fallecida la Sra. [REDACTED] durante el proceso (el 14 de febrero de 2009) la acción se ha mantenido por su esposo.

La demanda originaria, única presentada en tiempo y forma el 18 de marzo de 2008 y en la que se reclamaba una indemnización de 325.000€ parte de que la Sra. [REDACTED] acudió en el mes de noviembre de 2004 al CAP citado para realizarse un control ginecológico (dentro de un plan de prevención, PASSIR) ya que en la visita previa de agosto no se le pudo practicar una citología por razones ajenas a la Administración. En esta visita le fue practicada una exploración, tomándose muestras del cuello uterino para realizar estudio

citológico. En aquel momento, le indicaron que si existía alguna anomalía en la citología le avisarían, no haciéndolo en caso contrario.

El 21 de diciembre de 2004, el Consorci Laboratori Intercomarcal Alt Penedès, Anoia i Garraf, emitió un informe de las muestras tomadas con el diagnóstico siguiente: "lesió intraepitelial de baix grau (CIN I=DISPLÀSIA LLEU)", remarcándose en mayúsculas y con letra de mayor tamaño el siguiente comentario: "LLIURAR AQUEST RESULTAT AL METGE EN FORMA PREFERENT. GRÀCIES." [folio 62 del EA]. No obstante, la paciente no recibió ningún aviso.

El 27 de septiembre de 2005, la paciente acudió nuevamente al CAP por presentar flujo maloliente y pérdidas hemáticas vaginales (folio 60 del EA). En aquel momento la doctora que la atendía vio el resultado de la citología y le informó de la misma. Se le citó para realizar nueva prueba (al presentar un CNI I) y tras la exploración se anotó leucorrea; ectopia periorificial que sangra al roce y lesión eccematosa perineal. Se citó a la paciente para nueva citología; colposcopia y posible biopsia de la lesión vulvar.

El 8 de noviembre de 2005, se personó de nuevo por persistir la leucorrea; la ginecóloga del CAP realizó una colposcopia, cuyo diagnóstico fue: amplia ectopia periorificial polipoide sin imágenes atípicas y se practicaron dos tomas de biopsia de cuello uterino. El 18 de noviembre se informó la biopsia como: "Carcinoma escamoso bien diferenciado" (folios 64 y 65 del EA). Tras ser informada, la paciente acudió al Servicio de Ginecología del Hospital de Bellvitge para valorar el grado de infiltración del tumor y el 15 de diciembre de 2005 le fue practicada biopsia amplia de cérvix que dio diagnóstico de "carcinoma escamoso de célula grande, no queratinizante con participación glandular".

El 22 de diciembre de 2005 se realizó RMN para valorar la extensión del proceso, confirmando la existencia de una lesión expansiva cervical de 25 x 22 mm, siendo intervenida el 5 de enero de 2006; se practicó Histerectomía radical con conservación de anejo y linfadenectomía pélvica.

Durante los meses de febrero y mayo de 2006 siguió tratamiento con radioterapia y quimioterapia en el Institut Català d'Oncologia (ICO), mientras se le realizaban diversas pruebas de imagen, destacando el TAC abdomino - pélvico, de 14 de abril de 2006, "colección en cadena ilíaca externa izquierda, hipodensa y de paredes engrosadas e hipercaptantes" (folio 106 del EA).

En abril de 2006 inició un cuadro de dolor lumbar con aumento de tamaño de extremidad inferior izquierda -de rodilla a tobillo- que los médicos que la asistían en el ICO no atribuyeron al cáncer diagnosticado y tratado, por lo que fue remitida a su médico de cabecera.

De ahí fue derivada al traumatólogo quien tras realizar radiografía de columna, descartó patología mecánica. El médico de cabecera, posteriormente, solicitó una ecografía de extremidades inferiores para descartar patología de origen vascular. Se practicó eco-dopler que resultó normal (aporta doc. núm. 1 de la demanda, consistente en historia clínica correspondiente al CAP Sant Pere de Ribes, que no consta en el expediente y amplía la historia aportada en los folios 54 y s.s. del EA).

En septiembre de 2006, en anotaciones clínicas de control en el servicio de ginecología del Hospital de Bellvitge, se recogió que la paciente refiere dolor abdominal irradiado a

zona sacroilíaca (folio 85 del EA). Se solicitó un TAC abdomino - pélvico y valoración por especialista en oncología radioterápica en febrero de 2007.

El resultado del TAC fue compatible con recidiva pélvica sobre lecho quirúrgico, confirmado mediante PET (tomografía por emisión de positrones), (folio 70 y 105 del EA).

En el ICO se le ofreció como única posibilidad efectuar un tratamiento quimioterápico experimental (Doc núm. 3 de la demanda) que la paciente rechazó por desconfianza, decidiendo continuar el tratamiento en la Clínica Universitaria de la Universidad de Navarra, que le ofreció un tratamiento de radiofrecuencia modulada (que no se aplicaba entonces en el ICO). Aporta como doc. núm. 4, informes emitidos por dicho centro hospitalario, junto al doc. núm. 5, consistente en informes de diferentes ingresos precisados por la paciente en el Hospital de Sant Camil de Sant Pere de Ribes.

Considera que no se ha cumplido en este caso lo establecido en el art. 7 y 46.e) de la Ley 1/1986, General de Sanidad, en relación con el concepto de *lex artis*, ni los principios que han de respetar los servicios sanitarios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, en orden a adecuar su organización y funcionamiento a los principios y fines (art. 7 de la Ley 14/1986) ni la prestación de una atención integral de la salud, que exige procurar altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados (art. 46.e) de la Ley 1/1986). Tampoco se han cumplido los criterios establecidos por la jurisprudencia de este orden contencioso-administrativo en cuanto a la obligación de medios en que consiste la *lex artis* y cuya infracción genera la correspondiente responsabilidad patrimonial. En concreto se han incumplido estas tres obligaciones:

- a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional del lugar y en el momento en que se produce la asistencia y el tratamiento suministrado.
- b) Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad o lesión, pronóstico que pueda esperarse, medios de curación y riesgos que puedan derivarse.
- c) Continuar el tratamiento hasta que sea posible dar el alta, informando de los posibles riesgos del abandono voluntario del tratamiento.

La primera imputación de praxis médica defectuosa se refiere a la falta de control del resultado de la citología pedida por la ginecóloga del CAP ya fuera "en su recepción o en su evaluación". En aquel momento, el resultado era de CIN 1 (displàsia lleu) "lesió intraepitelial de baix grau" por lo que la paciente hubiera sido tributaria de un tratamiento poco agresivo (conización) que no comportaba menoscabo en la supervivencia.

También, según informa el perito Dr. [REDACTED], especialista en Ginecología y Obstetricia, aportado junto a la demanda, la ginecóloga del ambulatorio, obvió un diagnóstico de cáncer ante una lesión tumoral superior a 3 cm. y especificó que en la colposcopia no existían imágenes atípicas cuando toda la lesión existente correspondía a un proceso neoplásico.

La ginecóloga del CAP, la Dra. [REDACTED], reconoció no haber visto el resultado de la citología practicada el 21 de diciembre de 2004, "per raons desconegudes" (folio 50 del EA) si bien añade que (folio 51 del EA) daba igual no haber visto dicho informe porque una de las posibles conductas a seguir hubiera sido repetir el control citológico 6 meses

después y, por tanto, el retraso en el diagnóstico no tiene la entidad que afirma la actora. Ello, sostiene la demanda, no se ajusta al protocolo de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) vigente en aquel momento (doc. núm. 6), cuya página núm. 5 dispone que a una mujer mayor de 25 años con una citología CIN I (L-SIL) debe realizársele una colposcopia y, en caso de discordancia entre la citología y colposcopia-biopsia, revisar citología y biopsia.

En cualquier caso, si la Dra. [REDACTED] hubiera visto el resultado de la citología realizada el 21 de diciembre de 2004, como debería haberse producido, su obligación era informar de manera detallada y precisa a la paciente para que fuera ella la que decidiera si se realizaba una citología de control a los 6 meses o, por el contrario, si profundizaba en el estudio del diagnóstico de neoplasia cervical intraepitelial (CIN). Sostiene la parte que se ha vulnerado el derecho de información (Ley 41/2002 y Ley 21/00) y se privó a la paciente de obtener un diagnóstico precoz y un tratamiento adecuado, pues un año después (diciembre 2005) cuando se le diagnosticó un "carcinoma escamoso de célula grande, cambios de CIN 3" su supervivencia se había reducido al 50% y tuvo que someterse a un tratamiento agresivo cuya morbilidad y mortalidad son altamente avanzadas. Del mismo modo, se había elevado el riesgo de recidiva tumoral.

El segundo motivo de imputación, se produce cuando, tras la intervención quirúrgica a la que tuvo que someterse (enero de 2006), los facultativos que la atendía (ginecólogo del Hospital de Bellvitge y Oncólogos del ICO) le dieron el alta por considerarla libre de enfermedad a pesar de que en las pruebas que se le practicaron aparecía una "imagen que persiste, no desaparece, no quedando clara su etiología". También fue desatendida en todas sus manifestaciones de dolor abdominal, lumbar y en pierna izquierda, al ser remitida al control de su médico de cabecera (doc. núm. 1), cuando, según informe de la Dra. [REDACTED], especialista en Oncología Radioterápica, dichos síntomas son característicos de recidiva pélvica en tumores de cérvix (do. Núm. 7). La demandante aporta como doc. núm. 8 el Acta del Comité de la Unidad de Ginecología Oncológica (UGO), de 7 de febrero de 2007, que no coincide con la que obra en el EA (folio 290 del EA) [y así se constata de una mera comparación de ambos documentos] y en la que se recoge "es realitza un TC de control (01/02/07) que s'informa com signes compatibles amb recidiva. Lesió d'aspecte tumoral a la zona de paret pèlvica esquerra, que provoca hidronefrosi GII sobre ronyó esquerra amb discret creixement respecte del TAC anterior (abril 2006)".

A su juicio, la existencia del resultado dañoso es consecuencia del retraso del diagnóstico y tratamiento tardío de la patología oncológica que padecía la paciente, existiendo un nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso y sin que concurra causa alguna que lo interrumpa (fuerza mayor).

Por ello, se reclama por las lesiones, secuelas y daño moral que sufrió la paciente, que es antijurídico. En concreto, la situación de la paciente, al tiempo de formular demanda, es la descrita en el informe de la Clínica Universitaria de la Universidad de Navarra, situación que podía haberse evitado si se hubieran realizado todas las actuaciones médicas pertinentes con la atención y celeridad exigible a cualquier centro hospitalario (doc. núm. 4 de la demanda), y, por el contrario, se incumplieron los protocolos, teniendo en cuenta que la responsabilidad que se actúa es objetiva (STS de 5 de octubre de 1999).

Por otra parte, considera que la falta de diagnóstico en tiempo generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por lo tanto un daño indemnizable ante una lesión antijurídica (como recoge la STS de 12 de julio de 2007 y la

STSJ nº 382/2004, de 30 de marzo). Del mismo modo, ha existido una falta de diligencia debida (con invocación de la STS de 2 de diciembre de 1996 y la SAP, de Barcelona, de 30 de junio de 2000).

El deber de informar al paciente descansa en que la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares, es un elemento esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos (con cita de las STS de 25 de abril de 1994, 2 de octubre y 10 de noviembre de 1997; 16 de octubre de 1998; 19 de abril y 24 de mayo de 1999; 7 de marzo de 2000, 29 de mayo y 22/23 de julio de 2003 y 21 de diciembre de 2005). Y las consecuencias o padecimientos de la falta de atención en el paciente, producen un pesar que integra el daño moral (STS de 22 de mayo de 2005).

En consecuencia, solicita que se dicte sentencia en virtud de la cual se condene al Instituto Catalán de la Salud y a la compañía Zurich, al pago de la cantidad de 325.000€, más los intereses legales que correspondan, que para el caso de la compañía aseguradora serán los establecidos en el art. 20 de la LCS.

Segundo.- La Administración demandada comparecida, el ICS, se opone a la demanda diferenciando los supuestos en que, en el ámbito sanitario, se puede apreciar responsabilidad, ya que la obligación sanitaria no es de resultado sino de medios.

En este caso, niega que exista responsabilidad alguna de la Administración pública sanitaria.

Respecto a la primera causa de imputación, la asistencia recibida de los profesionales del Passir Garraf, por retraso en el diagnóstico, parte de que el cáncer de cuello de útero es una enfermedad de transmisión sexual provocada por una infección causada por el virus del papiloma humano y, según los protocolos del Departamento de Salud en Cataluña, de la SEGO y del último tratado de ginecología de Novax, existen diversos criterios de actuación ante una lesión displásica leve. Dada la poca probabilidad de que en estos casos exista un cáncer de útero, se acepta practicar una nueva citología en un tiempo prudencial de 6 meses.

Se remite a los informes que obran en el Expediente Administrativo; en concreto, el del Dr. [REDACTED], coordinador médico del Programa de Atención en la Salud Sexual y Reproductiva Garraf y el de la Dra. [REDACTED] (folios 49, 50 y 51 del EA), partiendo de la visita inicial de la Sra. Parra que tuvo lugar el 31 de agosto de 2004, cuando fue visitada por primera vez en aplicación del Programa d'Atenció a la Salut Sexual i Reproductiva del Cap Sant Pere de Ribes, momento en que no se pudo practicar la citología (por estar la paciente con la menstruación), procediéndose a citarla para el 16 de noviembre de 2004. Reconoce que el informe de dicha citología se emitió el 21 de diciembre de 2004 y que dio como resultado la existencia de una displasia leve. Este diagnóstico de "CIN-Displàsia lleu", señala, en un 80% de los casos evoluciona hacia la normalidad.

El 27 de septiembre de 2005, la paciente acude de nuevo por presentar leucorrea y en su exploración se confirmó vaginitis, leucorrea sugerente de infección por gardnerela y eritropoals periorifical. En este momento la paciente fue informada del resultado de la citología practicada (informada en diciembre anterior) y se programó repetición de la citología y la práctica de una colposcopia, que dio como resultado una ectopia periorifical Poliploide sin imágenes atípicas. Se tomaron muestras para biopsia de cérvix, a las 12 y 6 horas, y el 29 de noviembre de 2005, la paciente fue informada del

resultado: carcinoma escamoso bien diferenciado, siendo derivada con carácter urgente a la Unidad Funcional de Carcinoma Ginecológico del Hospital Duran i Reynalds.

Admite que en el informe de la Dra. [REDACTED] se reconoce que la paciente no fue informada del resultado de la citología (antes de la visita de 27 de septiembre de 2005) si bien manifiesta que, de haber sido informada ya en diciembre de 2004 del resultado de dicha citología, una de las conductas posibles, según el protocolo aplicable, hubiera sido proceder al control ginecológico a los 6 meses.

Además, en las dos primeras visitas no existía ninguna sospecha ni hallazgo clínico que pudiera orientar a una neoplasia cervical y, por lo tanto, se trataba de un estudio preventivo. Y la citología no detectó la presencia del virus del papiloma humano -factor de riesgo reconocido para las displasias de alto grado y cáncer invasivo de cérvix. En ausencia del HPV la evolución espontánea previsible de las CI es hacia la normalidad en más del 80% de los casos.

En relación con la segunda causa, la asistencia dispensada en el Hospital de Bellvitge y en el ICO, por retraso en el diagnóstico de la recidiva, también lo niega, considerando que fue diagnosticada de una cáncer localizado en el cuello de útero que no se había extendido, ya que fueron examinados 31 ganglios pélvicos y los resultados fueron negativos. La intervención quirúrgica que se propuso fue correctamente indicada y ejecutada; la actora fue sometida previamente a todo tipo de control y pruebas complementarias en la zona intervenida, que inicialmente determinaron la existencia de un hematoma o un limfocele sobreinfectado. Finalmente le fue diagnosticada la recidiva y el centro sanitario propuso el tratamiento más oportuno.

En relación con la decisión de la paciente de acudir a la Clínica Universitaria de Navarra, nos dice que la paciente solicitó una segunda opinión médica y, en dicho centro, una vez confirmada la recidiva tumoral, se propuso volver a irradiar a la paciente, provocando una fístula entero-vaginal. Este tratamiento, era una quimioterapia experimental, alternativa a la que se le había propuesto en el Hospital Duran i Reynalds.

Argumenta que la jurisprudencia mantiene que no puede considerarse error de diagnóstico por actuación negligente aquel en que se han utilizado todos los medios disponibles, tanto clínicos como instrumentales, dado que en una ciencia como la medicina, incluso en centros mejor dotados tanto humana como instrumentalmente, no se pueda llegar en ocasiones a un diagnóstico con absoluta certeza por el curso tan escondido e inespecífico de la enfermedad. Y la confusión en el diagnóstico solo se considera negligente cuando aparezcan signos muy claros de una enfermedad y se determina otra cuyos indicios nada tiene que ver con su apariencia.

Tampoco concurre el nexo causal, relación directa e inmediata entre las secuelas que padeció la Sra. [REDACTED] y la asistencia sanitaria dispensada por el ICS así como los medios empleados, y corresponde a la parte recurrente acreditar que concurre este presupuesto así como que el acto negligente ha sido el que ha propiciado el resultado dañoso, lo que ha de valorarse en cada caso concreto, sin olvidar que en el caso de actos médicos se está ante una especial complejidad teniendo en cuenta la diferente finalidad de cada uno de ellos así como que intervienen múltiples factores como son la propia evolución de la enfermedad, la diferente reacción del cuerpo humano, es decir, factores ajenos a la previsión humana. Además ha de concurrir el elemento de la antijuridicidad, atendido que las administraciones públicas no son aseguradoras de todos los riesgos sociales (en este sentido las SSTS de 5 de junio de 1991; 15 de marzo de 1993, 9 de junio de 1997, 25 de

abril de 2002; 27 de julio de 2002 y STSJ de Andalucía de 4 de noviembre de 1996 y 10 de febrero de 1997).

Finalmente, por lo que se refiere a la cantidad indemnizatoria solicitada, considera que es absolutamente arbitraria y que no constan acreditadas las diferentes partidas, por cuanto la actora solicita una cantidad genérica sin detallar la puntuación por secuelas que se otorga ni la concreción de los días de baja que se imputan. En relación a la partida de 71.529,36€ solicitada como compensación por los gastos de asistencia sanitaria prestada al margen de los servicios sanitarios públicos y de farmacia, invoca el art. 102.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (vigente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única de la Ley General de la Seguridad Social de 1994) que establece que las entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos diferentes de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos en que se determinen reglamentariamente, y el art. 17 de la Ley General de Sanidad que se pronuncia en el mismo sentido, en relación con el art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, hoy derogado por el real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (art. 4.3) que determina en qué condiciones y circunstancias opera dicha vía excepcional de reembolso de gastos, estableciendo que solo tendrá lugar en casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, exigiendo que se compruebe que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de dicha excepción.

Concluye que en este caso no concurren los presupuestos exigidos reglamentariamente, pues la normativa interpretada por la jurisprudencia exige que la asistencia sanitaria comprometida haya de ser inmediata y de carácter vital por una gravedad objetiva del padecimiento que requiera una atención intensa y extremada y que se caracteriza porque en ella está en riesgo cierto e inminente para la vida o la integridad del afectado (SSTS de 31 de mayo de 1995; 19 de febrero de 1997; 17 de abril de 1998 y 25 de octubre de 1999). Y aquí no hubo imposibilidad de acceder al sistema sanitario público, ni denegación de asistencia por parte del mismo, sino que fue la propia paciente quien abandonó voluntariamente el sistema público a pesar de que el tratamiento que le ofrecía el sistema sanitario resultaba completamente adecuado a la *lex artis*. Por todo ello, solicita que se desestime la demanda.

Tercero.- La Cia Aseguradora Zurich se opone a la pretensión indemnizatoria negando que existiera un retraso en el diagnóstico del carcinoma. Tampoco falta de información del resultado de la citología realizada en noviembre de 2004 ni retraso en el diagnóstico de la recidiva, en base a diversos argumentos.

En primer lugar, porque entiende que de los informes médicos que obran en el folio 49 a 51 del EA y de la Historia Clínica, resulta que la paciente estaba afectada de un carcinoma de cérvix y que su evolución e invasión fue muy rápida (según informes médicos e incluso informe Dr. ██████, se admite que un 10% de los casos, la evolución es rápida y el cáncer muy invasivo, como fue este caso). En este caso, se actuó tan pronto se constató el diagnóstico, pautándose el tratamiento adecuado, igual que cuando le fue diagnosticada la recidiva.

En segundo lugar, aduce el limitado alcance de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la asistencia sanitaria (apoyándose en la SAN, de 5 de abril de 2000, la STS de 6 de febrero de 2007 y la STSJ de Cataluña, de 28 de septiembre de 2010).

Por último, opone plus petición. Para ello tiene en cuenta la sustitución procesal operada (dado el fallecimiento de la Sra. Parra durante el proceso) así como la diferenciación entre las secuelas que serían imputables al primer retraso (diagnóstico del carcinoma y su tratamiento) y las imputables al pretendido retraso de diagnóstico de la recidiva, caso en que no procedería indemnización alguna.

En el primer supuesto, por el tratamiento dispensado, frente al tratamiento inocuo que supuestamente se le debería haber realizado a la actora de haberse diagnosticado inicialmente, aparte de la histerectomía, el comprensivo estado depresivo y un perjuicio estético (en tal caso, considera que podría reclamar la mitad de las secuelas).

En relación con el retraso en el diagnóstico de la recidiva que fue el causante de la anexectomía, la colostomía, la hidronefrosis y la trombosis venosa que se fueron sucediendo en el tiempo hasta que se produjo el fallecimiento de la Sra. [REDACTED] opone la ausencia de actio nata. El retraso supuso un pronóstico de vida escaso pues la paciente falleció en 2009. Este retraso en la recidiva impidió que se le pudiera realizar una nueva histerectomía, pues simplemente pudo someterse al tratamiento experimental que realizó en Navarra y que también le fue propuesto por la sanidad pública. En consecuencia, no puede hablarse de una estabilización lesional, pues su estado físico fue empeorando con el tiempo, sino imputar directamente a la recidiva el fallecimiento de la Sra. [REDACTED]. Incluso cabría discutir si la recidiva tiene o no su origen y causa en un retraso en el diagnóstico, pero en caso afirmativo lo indemnizable sería el fallecimiento y, en todo caso, el tiempo transcurrido hasta que se produce. Por ello no cabe hablar de una estabilización lesional que no se llega a producir. En este caso, la indemnización que podría corresponder por este motivo ya se está reclamando en otro proceso seguido por los hijos y el viudo, pues el retraso en el diagnóstico de la recidiva lo que le habría producido hubiera sido un empeoramiento paulatino hasta provocarle el fallecimiento. En consecuencia, no puede hablarse de secuelas en el segundo retraso del diagnóstico porque no se cumplen los criterios de estabilización lesional, sino el de daño continuado hasta del fallecimiento de la Sra. [REDACTED] siendo máxime reclamable los días de incapacidad temporal.

Tampoco procede reclamar los gastos médicos derivados del tratamiento dispensado en Navarra, porque el tratamiento paliativo al que se sometió fue el mismo que le ofreció la Administración Pública, por lo que le hubiera quedado cubierto por la sanidad pública catalana (aun no siendo exactamente el mismo) pues se trataba de un tratamiento paliativo y eso es lo que le ofreció la sanidad pública catalana.

En consecuencia, en caso de estimarse la reclamación solo podría reconocerse en este proceso al sucesor procesal, esposo viudo, la cantidad de 150.013,29€ (consecuencia del retraso en el diagnóstico), mientras que la recidiva sería reclamable por los hijos y el esposo viudo.

Del mismo modo, se opone a que la compañía sea condenada por los intereses del art. 20 de la LCS, puesto que requiere como presupuesto la mora de la aseguradora, es decir, el incumplimiento voluntario de su obligación de indemnizar, atendida la naturaleza sancionatoria de dicha previsión legal. Y para ello han de concurrir dos presupuestos: a) la obligación de indemnizar (aquí la Administración no estableció que la actora tuviera que ser indemnizada) y b) que la aseguradora haya incumplido de forma voluntaria tal obligación, los cuales no concurren en este caso (STSJ de Cataluña, Sección 2ª, de 12 de mayo de 2006 y 5 de octubre de 2007, así como STS de 19 de septiembre de 2006 y 26 de septiembre de 2007). Por todo ello, solicita que se desestime la demanda.

Cuarto.- Con carácter previo hay que poner de relieve que la cuantía indemnizatoria que se actúa en este proceso solo puede ser la que se fijó en la demanda presentada en tiempo y forma, es decir, la cuantificada en 325.000€, pues carece de virtualidad procesal la pretendida subsanación que se intentó efectuar mediante escrito presentado el 22 de abril de 2008 (ya en trámite de contestación a la demanda), adjuntando otra copia demanda "corregida", tal como ya se puso de manifiesto mediante providencia de 29 de octubre de 2008, confirmada por Auto de 25 de noviembre siguiente. Ello por cuanto no estamos ante un mero error material, subsanable, que exige que tal error resulte del propio escrito de demanda, lo que aquí no sucede (véase el folio 13 de la demanda) sino ante una mutación extemporánea de la pretensión.

Quinto.- En segundo lugar, hemos de admitir la oposición formulada por la Compañía aseguradora respecto a la pretensión indemnizatoria consecuencia del posible error de diagnóstico en la recidiva. Lamentablemente la Sra. ██████ falleció como consecuencia del proceso patológico que padecía. Pero en el momento de iniciar la inicial reclamación y el posterior recurso contencioso-administrativo, las secuelas y lesiones no estaban estabilizadas. Las partes conocen suficientemente que se ha entablado otra reclamación por los hijos y esposo de la Sra. ██████ que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de esta Ciudad (procedimiento ordinario 8/2011), como consecuencia del fallecimiento de la Sra. Parra (es más, la reclamación en vía administrativa fue suspendida por el órgano competente hasta que se resolviera la presente, por lo que se acudió al recurso contencioso-administrativo por entender denegada la reclamación por silencio, tal como lo puso de manifiesto la actora mediante escrito presentado el 2 de febrero de 2011 en el que instaba la acumulación de ambos recursos, lo que fue denegado por Auto de 17 de mayo de 2011).

La estabilización de las lesiones que pudieran ser consecuencia de un retraso en diagnosticar la recidiva no se ha producido (siendo la secuela más grave la variación del pronóstico de vida, como señala tanto el Dr. ██████, especialista en Ginecología y Obstetricia como la Dra. ██████, especialista en Oncología Radioterápica) porque la Sra. ██████ fue empeorando hasta fallecer. Nos hallamos ante un daño continuado -ya que no disponemos de ninguna prueba que acredite lo contrario- caso en que la acción nace en el momento del fallecimiento.

En consecuencia, limitaremos nuestro examen a la primera causa invocada, es decir, si hubo o no una defectuosa atención sanitaria por no haberse comprobado el resultado de la citología cuando debió hacerse y por no haber tenido la Sra. ██████ conocimiento de su resultado hasta pasados casi 10 meses. En caso afirmativo, igualmente habremos de examinar si concurren los demás presupuestos exigibles al amparo del art. 139 y s.s. de la Ley 30/1992, y de ser así, dilucidar si la Sra. ██████ perdió la oportunidad de seguir un tratamiento inmediato y si ello ha podido causarle los perjuicios por los que reclama.

Es el momento de puntualizar que no es de aplicación a este caso la doctrina invocada por el ICS sobre el error de diagnóstico, porque los hechos que sustentan la reclamación no parten de que hubiera una confusión de diagnóstico sino de las consecuencias de no haber comprobado a tiempo el resultado de la citología. El diagnóstico estaba claro desde que se emitió el informe de la citología pero lo que sucedió es que su resultado no fue debidamente comprobado, o si lo fue, no fue debidamente notificado a la paciente que tenía el derecho a obtener dicha información. La circunstancia de que cuando la paciente acudió en agosto de 2004, no presentara síntoma alguno y que la citología se realizara, tres meses después por causa no imputable a la Administración, en el marco de un programa de prevención no solo no favorece la tesis de la demandada sino que la

contradice expresamente en tanto que los programas del PASSIR sirven precisamente para detectar tempranamente una lesión que puede ser cancerosa o derivar en cancerosa, es decir, para evitar que el cáncer, normalmente asintomático, avance y haga difícil o irreversible su tratamiento.

Sexto.- Ya podemos avanzar que la demanda ha de ser parcialmente estimada. En efecto, la propia Administración reconoce (de hecho no puede negarlo) que el informe de la citología, con el resultado que se ha indicado más arriba, no fue debidamente comunicado a la paciente. El informe de la propia Dra. [REDACTED] admite implícitamente que no fue hasta el 27 de diciembre de 2005 cuando se informó de la exploración citológica anterior. De entrada, resulta significativo que la paciente no acudiera de nuevo al CAP por estar programada su visita sino por presentar "leucorrea", hecho admitido (folios 49, 50 y 51 del EA).

En folio 49 del EA, se destaca que el diagnóstico de CIN I (displasia Ilev), evoluciona mayoritariamente hacia la normalidad; pero también añade que en estos casos "una opció prevista en el Protocol d'Activitats Per al Cribatge del Càncer de Coll d'Úter [con indicación de la página web oficial] és el control amb citologia als sis mesos". De ello cabe destacar que esta es "una opción", no la única opción. Es cierto que se menciona que hubo ausencia de clínica orientativa de cáncer, pero también lo es que el informe de la citología hacía una llamada de atención (tal como ha quedado transcrito textualmente en el FD 1º de la presente). En el folio 50 del EA, se indica que "per raons desconegudes, apareix com arxivat a la història clínica de la pacient sense que la professional ginecòleg de la consulta l'haguès valorat prèviament". Y lo mismo se corrobora en el folio 51, cuando nos dice que "Malgrat es produeix una demora en la valoració de l'informe CIN I -displàsia lleu, per causes desconegudes, d'haver-se produït aquesta, una conducta possible segons protocol pot ser el control citològic als sis mesos (algoritme 6 opció 1)...". En definitiva, la opción de esperar seis meses y realizar la citología era una de las previstas en el protocolo, no la única. Y como señaló uno de los peritos en sus aclaraciones, atendida la mala praxis evidente al no comprobarse el resultado de la prueba junto con el informe por la ginecóloga, podría cuestionarse la totalidad de la asistencia sanitaria en el CAP Sant Pere de Ribes.

Se hace necesario significar que todos los peritos, incluso los dos peritos judiciales (uno designado a instancia del ICS y otro a instancia de Zurich) admitan que hubo mala praxis. La Administración, siguiendo la línea de la Dra. [REDACTED], viene a sostener que si se le hubiera comunicado en diciembre de 2004 el resultado de la citología, lo único que se hubiera hecho era realizar una nueva prueba a los seis meses y que el 80% de los casos evolucionan hacia la normalidad. Ya hemos visto que ésta era una opción, no la única; además, la ginecóloga tenía una indicación en el informe de la citología, al cual no hizo caso. Por otra parte, como señala el perito judicial, tampoco hay que olvidar el 20% de los casos restantes.

La citología vaginal, no lo olvidemos, fue practicada en el marco de la medicina preventiva, efectuada el 16 de noviembre de 2004, y demostró una alteración-displásica no severa (CIN 1). A pesar de ser no severa, el anatomopatólogo remarcó que se remitiera el resultado con carácter prioritario a su ginecólogo. El perito judicial Dr. [REDACTED] manifiesta que desconoce lo que sucedió con dicha citología (o como dice el Dr. [REDACTED] no se valoró o si se valoró se hizo incorrectamente); igualmente se ignora si fue comprobada o no por la ginecóloga (Dra. [REDACTED] pero lo que sí es evidente - y demostrable- es que la paciente no fue informada ni citada en su momento y que acudió "por su propia iniciativa a su ginecóloga por flujo sanguíneo vaginal en septiembre de

2005".

Constatado el resultado de la prueba en el informe anatomopatológico en el que, además, se incidía en que fuera revisado por la ginecóloga, tanto si ésta no lo revisó, como si lo revisó y no le dio la trascendencia que tenía, ha existido mala praxis ad hoc. No se cuestiona que el procedimiento habitual que se seguía por entonces dentro del programa del PASSIR era que a las pacientes se les indicaba que sólo si existían anomalías en el examen les sería comunicado el resultado de la citología. Luego, la paciente confiaba, de buena fe, en que su examen citológico no había presentado anomalía alguna porque no había recibido comunicación en contrario.

Pero esta no era la realidad. El resultado de la citología sí presentaba anomalías por lo que incluso una diligencia media exigía que se le prestara la atención debida. Y el derecho de la paciente a ser informada obligaba a comunicarle su resultado con el fin de que pudiera tomar la decisión oportuna, dentro de su autonomía de voluntad.

En absoluto es de recibo lo manifestado por la Dra. [REDACTED] que viene a sostener que lo único que se hubiera hecho era proponer una nueva prueba a los 6 meses. Con tal afirmación se demuestra un desconocimiento del derecho de la paciente y de la praxis ad hoc. Ante el resultado la ginecóloga tenía el deber de informar a la paciente. Luego le tenía que proponer las actuaciones que marca el protocolo. Incluso la paciente podía haber acudido a un centro privado para tomar su decisión.

Tanto uno de los peritos de parte (el Dr. [REDACTED]) como los dos peritos judiciales reconocen la mala praxis. El Dr. [REDACTED] (pericial judicial a instancia del ICS) señala que la totalidad de los protocolos y guías clínicas indican la necesidad de realizar una colposcopia tan pronto el informe citológico muestre la sospecha de una lesión intraepitelial de bajo grado. Y si la colposcopia es normal es cuando se realizará un nuevo control a los 6 meses y si es atípica se realizará biopsia y eventual tratamiento si se confirma la existencia de lesión. Es más, reitera, al recibirse el informe citológico debería haberse realizado un estudio colposcopio y eventualmente biopsico porque en el momento inicial el pronóstico es totalmente favorable si se realiza un adecuado tratamiento e incluso las lesiones llegan a desaparecer sin tratamiento en más de la mitad de los casos. Si en este caso el diagnóstico hubiera sido neoplasia intraepitelial incipiente, hubiera bastado un tratamiento limitado a nivel del cuello uterino sin necesidad de extirpar la totalidad de la víscera. Pero al constatarse casi un año después la existencia de un carcinoma invasor, obviamente, fue necesaria la extirpación de la totalidad de la víscera. Aquí tuvo que realizarse una Histerectomía radical, intervención cuya agresividad hace posible la aparición de secuelas y/o complicaciones post-operatorias (como las presentadas por la paciente).

Para el Dr. [REDACTED], especialista en Ginecología y Obstetricia, la mala praxis responde a que o bien la citología no se valoró o bien si se hizo se valoró incorrectamente. En realidad, se hizo caso omiso del diagnóstico y de la indicación existente en el informe (de trasladarlo a la ginecóloga). De haber efectuado una correcta interpretación del resultado y haber aplicado los protocolos preceptivos, se hubiera podido diagnosticar la lesión cancerosa en un estadio menor. Esta circunstancia hubiese evitado la cirugía agresiva, la quimioterapia, la radioterapia, la recidiva, la colostomía, la pérdida funcional del riñón y no se hubiera producido menoscabo alguno en las posibilidades de supervivencia de la paciente (que ya a fecha del informe eran, a corto-medio plazo, escasas).

El Dr. [REDACTED], especialista en Oncología (pericial judicial a instancia de la compañía aseguradora) nos dice que en las displasias leves se recomienda repetir la citología en 6

meses, porque el 80% se resuelven espontáneamente, pero también matiza que no hay que olvidar los restantes 20%. Y el Dr. [REDACTED], especialista en ginecología y obstetricia, admite también que de haberse efectuado una interpretación correcta del resultado (recordemos que el especialista que la informó hacía una llamada de atención para que se pasara a la ginecóloga) y se hubieran practicado los protocolos preceptivos se hubiera permitido diagnosticar la lesión cancerosa con anterioridad y en un estadio menor. Y es que otra de las actuaciones que podía llevarse a cabo de acuerdo con los protocolos era realizar una colposcopia y una biopsia.

Pocas veces coinciden las periciales en sus informes y conclusiones. En este caso, los tres peritos reseñados llegan a una misma conclusión: hubo mala praxis ad hoc (la cuarta perito, la Dra. [REDACTED] radióloga, informó esencialmente sobre la actividad posterior). En definitiva, el Tribunal llega a la convicción de que la Dra. [REDACTED] -a pesar de que el informe de la citología incorporaba una llamada de atención- o bien no comprobó su resultado o si lo comprobó no lo valoró correctamente. Como resultado de tal actuación se sustrajo una información esencial a la paciente y con ello vulneró su derecho a ser informada, en los términos que le reconoce la Ley 14/1986, en relación con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, porque siempre hay que informar de los resultados citológicos si no son absolutamente normales (aquí no lo era), ya que la decisión última corresponde a la paciente. Y ello recordando, de nuevo, que la citología se le practicó en el marco de un programa de medicina preventiva organizado por la sanidad pública precisamente porque, de existir alguna anomalía, su detección precoz lleva a un mayor porcentaje de curación de los tumores malignos o a disminuir sus efectos adversos. La paciente se sometía a dicho programa con la confianza que le daba el acogerse a un programa dispensado por la sanidad pública.

Cuando la Sra. [REDACTED] volvió por propia iniciativa en septiembre de 2005, por presentar leucorrea, se le practicó una biopsia cuyo resultado le fue comunicado a la paciente el 29 de noviembre siguiente, confirmando que padecía "cáncer de cuello uterino". Como dice el perito judicial, Dr. [REDACTED], desde el momento en que se comprobó la anomalía citológica hasta el diagnóstico de cáncer y hasta la primera terapia (Histerectomía, que se practicó en enero de 2006), transcurrieron 13 meses.

Séptimo.- Para que pueda hablarse de responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, es preciso que concurren los presupuestos que establece el art. 139 de la Ley 30/1992. Dada la complejidad de la asistencia médica en la que confluyen diversos factores, el Tribunal Supremo viene exigiendo mala praxis ad hoc. De lo expuesto más arriba, en este caso no cabe la menor duda de que hubo mala praxis, básicamente por no haberse interpretado correctamente el informe de la citología o, sencillamente, por no haberse siquiera interpretado. Del mismo modo, los pacientes tienen derecho a ser informados de todo aquello que afecta a su salud. La Sra. [REDACTED] se sometió a aquella primera citología y se fue con la confianza de que cualquier anomalía le sería comunicada. Pero no fue así. Y los pacientes tienen derecho a que se les apliquen los medios tanto personales como humanos que el estado de la ciencia permita.

No sabemos qué hubiera sucedido si se hubiera dado la importancia que merecía al informe de la primera citología, pero al no ser diagnosticada correctamente en el momento en que debió serlo, por mala praxis ad hoc, se le generó una pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia (SSTS de 12 de julio de 2007 [RJ 2007, 4993]; de 17 julio 2012 [RJ 2012, 8488]; de 19 de junio de 2012 [RJ 2012, 8064]; de 25 de junio de 2010 [RJ 2010, 5886]; de 10 de julio [RJ 2012, 8478]; 22

de mayo de 2012 [RJ 2012, 6930]y de 19 de octubre de 2011 [RJ 2011, 1298]), causándole unos daños y perjuicios que deben ser indemnizados por ser consecuencia directa de aquella mala praxis y por no tener la perjudicada el deber de soportarlos.

Octavo.- Ello nos ha de llevar a valorar los daños y perjuicios causados por dicho retraso en el diagnóstico debido a la mala praxis. Como pone de relieve la Compañía Aseguradora en su contestación a la demanda, la actora no ha diferenciado las secuelas y días de hospitalización derivados de esta primera actuación negligente sino que ha solicitado unas cantidades globales que suman un total de 325.000€.

A falta de otros elementos, hemos de fijar la cantidad a indemnizar en 150.013,29€, ya que, como ya se ha dicho, queda pendiente de enjuiciamiento la pretensión indemnizatoria relacionada con el desenlace final que está siendo reclamado ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de esta ciudad. Dicha cantidad habrá de ser actualizada mediante los intereses legales desde la fecha en que se presentó la reclamación en vía administrativa.

Noveno.- La demanda interesa también que se condene a la Compañía al pago de los intereses del art. 20 de la LCS. No obstante, como viene reconociendo tanto la jurisprudencia de esta Sala como el propio Tribunal Supremo, para que puedan aplicarse estos intereses es necesario que concurren los presupuestos legales. Y no se da en el caso en que sea necesario fijar la cuantía de la indemnización. Hemos de recordar que en este orden jurisdiccional, el baremo que se utiliza en los accidentes de tráfico es meramente orientativo. Y aquí la Administración no reconoció su responsabilidad patrimonial ni la de la compañía aseguradora, por lo que no se está en el caso de una mora de la compañía en el pago de la indemnización.

En este mismo sentido nos hemos pronunciado recientemente en nuestro Auto de Aclaración recaído en el rollo de apelación 355/12. Decíamos al respecto que “No podemos compartir estos razonamientos. La aplicación del art. 20 exige que exista una demora imputable a la Compañía Aseguradora, es decir, un incumplimiento voluntario de su obligación de indemnizar, atendida la naturaleza sancionatoria de dicha previsión legal. Y para ello han de concurrir dos presupuestos: a) la obligación de indemnizar (aquí la Administración no estableció que la actora tuviera que ser indemnizada) y b) que la aseguradora haya incumplido de forma voluntaria tal obligación, los cuales no concurren en este caso (STSJ de Cataluña, Sección 2ª, de 12 de mayo de 2006 y 5 de octubre de 2007, así como STS de 19 de septiembre de 2006 y 26 de septiembre de 2007). En el mismo sentido la STS de 26 septiembre 2007 (RJ 2007, 7088) y 19 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6356); de 23 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 1339); de 19 septiembre 2006 (RJ 2006, 6356) y 23 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2512).”

Décimo.- Que no obstante, no procede la imposición de las costas causadas en este proceso, al amparo del art. 139 de la LJCA.

FALLAMOS

1º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don [REDACTED] a, comparecido en autos en sustitución de Doña [REDACTED] contra la resolución arriba indicada, la cual anulamos por no ser conforme a Derecho.

2º) Reconocer en favor de Don [REDACTED] una indemnización de 150.013,29€, que se actualizará con los intereses legales desde la fecha en que se presentó la reclamación en vía administrativa.

3º) Desestimar el resto de las pretensiones contenidas en esta demanda por los motivos que se han expuesto en los fundamentos precedentes, dejando imprejuzgada la acción en relación con la posible mala praxis como consecuencia del error de diagnóstico de la recidiva por cuanto las lesiones y secuelas que se reclaman como consecuencia de la misma no se habían estabilizado en el momento de formularse ni la reclamación administrativa ni la demanda, pretensión que, por lo demás, se sigue ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de esta Ciudad.

4º) Sin imponer las costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley; haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario de Casación.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio junto con el Expediente Administrativo al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo conforme previene la Ley, dejando constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, estando la Sala celebrando audiencia pública el día **20 de septiembre de 2013**, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma, de lo que yo el Secretario. Doy fe.