

Tribunal Superior de Justicia

de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 419/2010
de 29 julio

JUR\2010\403281



Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.Sanidad.

Jurisdicción: Contencioso Administrativo

Recurso de Apelación: 2009/2008

Consejero Ilmo. Sr. D. Rafael Villafañez Gallego

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 266/08

DE Apelación

SENTENCIA NUMERO 419/10

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. ANTONIO GUERRA GIMENO

MAGISTRADOS:

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

D. JOSE RAMON BLANCO FERNANDEZ

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veintinueve de julio de dos mil diez.

La sección número TERCERA de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el veintiocho de Noviembre de dos mil siete por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 (Vitoria) de VITORIA - GASTEIZ en el recurso contencioso-administrativo número 385/06 .

Son parte:

- APELANTE : SERVICIO VASCO DE SALUD-OSAKIDETZA , representado por el Procurador D. GERMAN ORS SIMON y dirigido por el Letrado D. ARTURO JAVIER PINEDO ROA.

- APELADO : D^a. Eva , representado por el Procurador D. JESUS GORROCHATEGUI y dirigido por el Letrado D. ROBERTO GOMEZ MENCHACA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 (Vitoria) de VITORIA - GASTEIZ se dictó el veintiocho de Noviembre de dos mil siete sentencia ESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo número 385/06 promovido por Eva contra DESESTIMACION PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DE LA RECLAMACION FORMULADA ANTE OSAKIDETZA EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL , siendo parte demandada SERVICIO VASCO DE SALUD-OSAKIDETZA .

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por SERVICIO VASCO DE SALUD-OSAKIDETZA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 15.07.2010, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

A) Objeto de la apelación.

En el presente recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, se impugna la sentencia dictada con fecha de 28 de noviembre de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Vitoria-Gasteiz , recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número de Procedimiento Ordinario 70/03.

La sentencia estima parcialmente el recurso jurisdiccional interpuesto por D.^a Eva contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de daños y perjuicios interpuesta el día 1 de julio de 2005 y, en consecuencia, declara que la actuación administrativa impugnada no es conforme ni ajustada a Derecho, procediendo a su anulación, y condena a la Administración demandada a indemnizar a la recurrente en la cantidad de 60.000 euros en concepto de daños y

perjuicios derivados de responsabilidad patrimonial, suma que devengará el interés legal correspondiente.

B) Razón de decidir de la sentencia apelada.

En lo que interesa al presente recurso de apelación, la sentencia impugnada fundamenta su decisión, en el Fundamento de Derecho Tercero, con base en los siguientes argumentos:

" TERCERO.- Aplicado cuanto queda expuesto al presente caso, examinada y valorada en su conjunto la prueba que obra en autos, debe concluirse que en el presente caso hubo un comportamiento negligente, imprecavido e inobservante por parte de la administración sanitaria por existir un evidente retraso en el diagnóstico que, cuanto menos, ha provocado un padecimiento psicológico a la recurrente, produciéndose el lamentable resultado dañoso cuyo resarcimiento se pretende, revistiendo el daño causado a la paciente el necesario carácter antijurídico como para poder ser indemnizado.

En el Informe pericial emitido por médico especialista en Oncología Médica, en fecha 29.05.06, este manifestó, entre otros extremos, que en el tratamiento del cáncer de mama, como en el de cualquier otro cáncer, es fundamental para el beneficio del paciente el diagnóstico y tratamiento precoz, como manera de evitar la extensión de la enfermedad y en aras a obtener un mejor pronóstico con una terapéutica lo más tempranamente instaurada que sea posible; que después de ver y estudiar las mamografías de Marzo del 2003, y a la vista del informe radiológico emitido (folio 6) no cabe duda de que existían en esa fecha imágenes sospechosas de poder hallarse ante la presencia de un tumor mamario maligno en mama izquierda; que ante un caso como el ahora considerado, está indicada la realización inmediata de una biopsia, o al menos una punción aspiración con aguja fina (PAAF) de la zona sospechosa; que se acepta que el tratamiento de estrógenos está contraindicado en todo caso de cáncer de mama, donde parte del tratamiento consiste precisamente en la supresión por diversos métodos de la función estrogénica de la mujer afecta, inhibiendo la producción de estrógenos de los ovarios y glándulas suprarrenales y de forma similar se achaca el mal pronóstico de la aparición de un cáncer de mama durante un embarazo a la hipersecreción endógena de estrógenos en ese estado, lo que lleva incluso a recomendar médicamente la interrupción del embarazo en dichas situaciones; que, sin embargo, no ha visto que la afirmación referente al tratamiento de estrógenos que la paciente venía siguiendo se exprese en los diversos informes del expediente, así que no puede comprobar si dicha afirmación es exacta; que la imagen sospechosa de la mamografía de Junio de 2003 corresponde a la misma sospecha de marzo en cuanto a localización, aunque no se puede comprobar por la falta en el expediente del radiólogo que vio la mamografía de Junio de 2003, lo que a este perito extraña; que en su opinión la paciente se habría beneficiado de haberse realizado el diagnóstico en el mes de marzo, y/o haberse suspendido, en su momento, el tratamiento de estrógenos; que en el informe de anatomía patológica obtenida el 26 de agosto de 2003 (documento n.º 5, hoja 13 del expediente) se muestra que todas las secciones extraídas muestran focos de carcinoma lobulillar infiltrante en torno a la cicatriz quirúrgica, lo que anula el valor de los márgenes, esta intervención se puede considerar un fracaso y no sólo eso, sino que al intervenir repetidamente cortando quirúrgicamente a través de un tumor existe la posibilidad de que el proceso se expanda más rápidamente e incluso aumente el riesgo de recidiva local o metastático en el futuro; que la paciente está en remisión clínica, es decir, sin evidencia de enfermedad manifiesta dos años más tarde, lo que no quiere decir mucho de cara al futuro ya que en algunos de estos casos hay veces que en dos años ya ha habido manifestaciones de enfermedad metastática, pero no en este caso y, por supuesto, que el riesgo de recidiva es mucho mayor en ese tiempo que en una población normal sin cáncer; que ha de tener seguimientos médicos y analíticos de

por vida, cada tres a seis meses, o antes si existe algún tipo de sintomatología sospechosa.

Y en el acto de la ratificación judicial del anterior informe, el perito reconoció que ha habido infracción de la *lex artis* médica, consistente en un retraso de tres meses en el diagnóstico y en el hecho de que la cirugía debió ser más amplia.

Es cierto que en el informe pericial emitido por médico Especialista en Ginecología y Obstetricia en fecha 27.07.07 éste señaló, entre otros extremos, que a la luz de los hechos cabe preguntarse si no hubiera sido mejor realizar de entrada la mastectomía. Como en este caso no se sospechó la posibilidad de que fuera multicéntrico se optó por el tratamiento conservador que hoy es el más preconizado, cuando como en este caso se dan las condiciones ya mencionadas y además es una mujer joven. En el tratamiento quirúrgico conservador está estandarizado la forma de proceder, que fue la que se siguió: 1) extirpación de la tumoración marcando los bordes, 2) realizar examen anatomopatológico de la tumorectomía con especial atención al comportamiento de los bordes del tumor, 3) ampliar los bordes cuando el límite del tumor extirpado no está rodeado de tejido sano o el margen de este es muy pequeño, 4) si en el examen de la pieza de resección de los bordes se ven varios nidos de células neoplásicas (tumor multicéntrico), debe realizarse mastectomía. En definitiva la actuación de los cirujanos fue correcta en cuanto a las indicaciones de las tres intervenciones y a su ejecución, que el intervalo de tiempo transcurrido entre la biopsia y la cirugía fue de 25 días si se cuenta a partir del primer informe y de 19 si se hace a partir del segundo (20 de Junio del 2003 y 26 de Junio del 2003); este intervalo corresponde al tiempo que tardó la paciente en comunicar el resultado de la biopsia al médico de la unidad de mama del hospital, estudios preoperatorios y estudio de extensión. En los trabajos el intervalo se cuenta de forma diferente aunque en el fondo varía muy poco; unos lo valoran desde que empiezan los síntomas hasta el comienzo del tratamiento, otros desde el comienzo de los síntomas hasta el primer día de hospitalización, también se ha contado desde que empiezan los síntomas hasta el día que comienza el tratamiento quirúrgico. Esta forma de contabilizar se debe a que el tratamiento de cáncer de mama es largo y complejo; el tratamiento puede prolongarse (resección de bordes, convertir tratamiento conservador en tratamiento radical); la radioterapia dura como mínimo 20 días y comienza cuando la cicatriz se ha consolidado y, por último, la quimioterapia se prolonga seis semanas o más. En el meta-análisis más importante de la bibliografía (analiza 87 trabajos con un total de 101.954 pacientes tratadas de cáncer de mama) se llega a la conclusión de que cuando el tiempo transcurrido entre el comienzo de los síntomas y el del tratamiento es de 3 meses o más la supervivencia a los 5 años disminuye el 12%.

En el trabajo de Mayo y cols encuentran que la demora media entre el diagnóstico y el comienzo de la cirugía, en la población de Québec, fue de 35 días para las lesiones localizadas también encuentran que con el tiempo han ido incrementándose los tiempos entre el diagnóstico y el comienzo del tratamiento, en el 1992 eran de 29 días y en el 1998 fue de 48 días; esta demora la atribuyen a que en la actualidad se hacen más pruebas previas al comienzo del tratamiento que lógicamente provocan una demora. La Canadian Society for Surgical Oncology (CSSO) recomienda que no deberían pasar más de 15 días entre el diagnóstico definitivo y el comienzo del tratamiento pero, en su estudio, encuentran que solo en el 44% de los casos es posible. Otro hecho encontrado en los trabajos más recientes es la prolongación del intervalo hasta el comienzo del tratamiento, se atribuye a que cada vez es más compleja la preparación y estudios previos al tratamiento. El intervalo entre el diagnóstico y el día en que se inició el tratamiento, en este caso fue de 20 días. A pesar de que los resultados de los diferentes trabajos señalan que una demora menor de 3 meses, entre el diagnóstico y el comienzo del tratamiento, no cambia el pronóstico; en todos se recomienda acortar los periodos de diagnóstico y preparación lo más posible. Paradójicamente los tiempos entre el diagnóstico y comienzo del

tratamiento tienden a aumentarse en los últimos años debido a que cada vez son más complejas las pruebas preoperatorias y el diagnóstico de extensión. En conclusión el intervalo de tiempo transcurrido entre el diagnóstico y el comienzo del tratamiento está dentro de los límites admitidos como correctos; que el radiólogo, en la mamografía, no encontró ninguna de las imágenes que se consideran sospechosas y obligan a profundizar en el diagnóstico. Describe una imagen de aspecto estrellado que según él que puede deberse a una superposición de imágenes. Una imagen de estas características no justifica otras exploraciones inmediatas; la recomendación de un nuevo control a los 6 meses es una pauta que utilizan la mayoría de los radiólogos como medida de precaución. La demora de 6 meses, cuando no hay una imagen sospechosa, se tiene la convicción de que no altera el pronóstico aunque es muy difícil demostrarlo científicamente.

Es evidente que se trata de un falso negativo existente en todas las estadísticas y que según los trabajos oscila entre el 9% y el 32%. Por todo ello considero que la actuación del radiólogo fue correcta; que a la vista del informe de la mamografía no se suspendió el tratamiento con estrógenos; esto en la actualidad pudiera haberse interpretado como mala práctica, a pesar de que el tratamiento hormonal sustitutivo en la actualidad se admite en mujeres con síntomas relevantes y, además, el incremento del riesgo de cáncer de mama no se produce hasta después de uno o dos años de tratamiento. Los hechos tuvieron lugar en junio del año 2003 y los trabajos que cambiaron de forma radical los conceptos sobre el riesgo y beneficios de la terapia hormonal sustitutiva se publicaron 11 meses antes uno y el otro aún no se había publicado (WHI el 17 de julio de 2002; Million Women Study Collaborators el 9 de agosto de 2003) hasta finales del año 2003 hubo un gran debate y no se dieron las recomendaciones para utilizar la terapia hormonal sustitutiva, hasta entonces no había evidencia de que este tipo de tratamiento aumentara el riesgo de cáncer de mama. Se admite universalmente que, a pesar de la mamografía negativa, si durante los 6 meses de espera, en la autoexploración o en la explotación del facultativo se palpa un nódulo se debe investigar sin esperar. A los tres meses acudió a consulta (16 de junio de 2002) porque hacía 4-5 días se palpaba un bulto; el médico comprueba la existencia de un nódulo en el cuadrante inferior de la mama izquierda y le manda una biopsia. Se realizó biopsia en una unidad de extereotáxia digital con el resultado de carcinoma lobulillar infiltrante.

La actuación del médico de consulta fue correcta porque primero siguió las indicaciones del radiólogo y, una vez diagnosticado el cáncer mediante biopsia, la paciente fue preparada para empezar el tratamiento. Por estas razones opino que la actuación del médico de consulta fue correcta; que se daban las condiciones exigidas para el tratamiento conservador (extirpación y linfadenectomía axilar). La técnica utilizada fue correcta: tumorectomía, marcando con hilos los bordes de la pieza extirpada, y seguida de la extirpación de los ganglios axilares. El informe anatomopatológico de la tumorectomía confirma el diagnóstico de carcinoma lobulillar infiltrante y, al final, en una nota dice: "El tumor se halla muy próximo al borde quirúrgico con hilo negro largo (1 mm.)". Ante este informe los cirujanos consideran que 1 mm. de tejido sano no es un margen suficientemente seguro y programa la extirpación del marcado como hilo negro. Esta actitud debe catalogarse como correcta.

Y en el acto de la ratificación judicial del anterior informe, el perito reconoció que no ha habido infracción de la lex artis médica.

Es evidente que nos encontramos en la difícil tarea de valorar dos informes periciales de distinto sentido. La primera regla de la sana crítica para valorar los informes debe ser la fundada en la especialidad de los peritos intervinientes, con lo que, al tratarse el caso enjuiciado de una patología cancerosa, el informe y la opinión del especialista en dicha disciplina debe primar, en buena lógica, sobre el informe del especialista en Ginecología y Obstetricia, por los conocimientos específicos en la

materia que al primero se le suponen (...)"

Sobre el importe de la indemnización, la sentencia razona en el Fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente:

" CUARTO.- No obstante y pese a concurrir todos los requisitos que posibilitan declarar la responsabilidad patrimonial pretendida, a lo que no puede accederse es a conceder la concreta cuantía indemnizatoria reclamada (...)

Para fijar la indemnización en el presente caso, debe tenerse presente el hecho de que la recurrente está en remisión clínica, es decir, sin evidencia de enfermedad manifestada dos años más tarde, si bien esto no determina su evolución de cara al futuro ya que el término sin evidencia de enfermedad debe aceptarse a partir de los cinco años y, que, tal y como señala el perito especialista en Oncología (folio 5 de su informe) el Estadio T2N2 corresponde a una supervivencia a los cinco años del 58,7%, por lo que la cuantía indemnizatoria deben limitarse a resarcir el daño moral derivado del retraso en el diagnóstico. Por todo lo cual se estima procedente una indemnización en la cuantía de 60.000 euros."

C) Posición de la parte apelante.

La parte apelante, OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, interesa de la Sala que estime el recurso de apelación y dicte otra sentencia revocando dicha resolución y declarando que no concurren los requisitos para estimar responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, desestimándose la demanda interpuesta.

A tal fin, en síntesis, aduce disconformidad con la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de Instancia, manifestada en los siguientes extremos:

1º.- La sentencia, en el Fundamento de Derecho Tercero, recoge lo que se expresa en la respuesta n.º 2 de las cuestiones planteadas por la parte demandante al Médico Especialista en Oncología Médica: " Después de ver y estudiar las mamografías de marzo de 2003, y a la vista del informe radiológico emitido (folio 6) no cabe duda de que existían en esa fecha imágenes sospechosas de poder hallarse ante la presencia de un tumor maligno ". Sin embargo en el folio 6 lo que se expresa es: " Llama la atención a nivel de mama izquierda en línea intercuadrática proyección cráneo causal exclusivamente una imagen de entrecruzamiento de línea de aspecto seubdo estrellado que si bien puede corresponder a sudación de imágenes creo necesario evaluar mediante control de dicha mama en un período no superior a 6 meses ".

La parte apelante entiende que, con arreglo a las reglas de la sana crítica debe ser tenido como más correcto lo dicho por el especialista en Radiología que lo dicho por el especialista en Oncología a la hora de analizar las mamografías, considerando que el único conocimiento que existe de éstas es el folio 6 y en el mismo el radiólogo no habla de poder hallarse ante la presencia de un tumor mamario y menos aún con el calificativo de maligno.

2º.- El tratamiento oncológico, añade la parte apelante, es complementario ya sea con anterioridad a la intervención o con posterioridad a ella, no es el tratamiento de base puesto que en una enfermedad de estas características quién actúa siempre son los Ginecólogos y los Oncólogos sólo a petición de aquéllos o por información de la comisión de Tumores, como especialistas complementarios, que es la norma general de obligado cumplimiento, pero nunca como especialistas de la patología de base.

Por tal razón, considera la parte apelante más ajustado a las reglas de la sana crítica someterse al

criterio del radiólogo (revisión en 6 meses) que al del Oncólogo (que lo cifra en 3 meses) cuando él mismo reconoce que en este momento está en remisión clínica, sin evidencia de enfermedad manifiesta dos años más tarde y mucho más en el momento de la ratificación y se debe considerar que los riesgos futuros, no contrastados, no evidenciados o meramente posibles no son indemnizables.

3º.- No ha habido retraso en el diagnóstico por cuanto las pruebas efectuadas, al menos las que constan en el expediente administrativo, no determinan con claridad la existencia del tumor y aconsejan un tiempo de espera de seis meses. Hay que señalar, añade, que otras pruebas como la PAAF no son determinantes y deben ser complementadas con otras al dar muchos falsos negativos y, a juicio de los especialistas en Ginecología y Obstetricia, esos son los pasos que se han seguido, no estando indicada por ningún Oncólogo la realización de otras pruebas.

La actuación, concluye, ha sido correcta y viene corroborado en el expediente y por los informes de los peritos cuando afirman que la paciente está libre de enfermedad en este momento, por tanto no hay daño y tampoco puede afirmarse que haya daño moral si se han seguido los protocolos establecidos por la ciencia médica como dice el perito Especialista en Ginecología y Obstetricia como los que le han tratado, por lo que los medios empleados han sido los adecuados y así se ha constatado por el resultado.

4º.- La resolución del Juzgador se basa en indicios y presunciones no acreditadas, produciéndose una clara infracción del art. 1253 del Código Civil que establece que " Para que las presunciones no establecidas en la Ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Por el contrario, en el presente caso, no puede establecerse dicho enlace. Tal y como viene reconociendo reiteradamente la doctrina del Tribunal Supremo en sus resoluciones judiciales, para que proceda la estimación de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de asistencia sanitaria ha de existir una relación causal que ha de ser directa, adecuada y precisa entre el actuar administrativo y el daño causado. Y además la carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte actora.

Sostiene la parte apelante que el informe del especialista en Ginecología y Obstetricia es más exhaustivo y apoyado en estudios bibliográficos competentes y la conclusión a la que llega de que el intervalo de tiempo transcurrido entre el diagnóstico y el comienzo del tratamiento, como recoge la sentencia, está dentro de los límites admitidos como correctos y desmiente al perito especialista en Oncología, acreditándolo científicamente.

5º.- Del examen de las pruebas practicadas se desprende con rotundidad la inexistencia de daño físico cierto, concreto, real y objetivo en la actora y que la actuación médica ha sido correcta y así se ha visto corroborada por todos los resultados.

No ha quedado acreditado que la actuación de OSAKIDETZA revista el carácter de antijurídica, ni que la paciente haya sido tratada de forma incorrecta por los servicios sanitarios de OSAKIDETZA y los daños morales que se reflejan en la sentencia no son sino el fruto de un tratamiento adecuado en cada momento para la enfermedad que padecía y el retraso ha sido el derivado de la asistencia que, según los protocolos de la ciencia médica, es la adecuada para una persona de su edad y con esos padecimientos como ha acreditado el perito especialista en Ginecología y Obstetricia y así se ha visto corroborado por los medios empleados que han producido el resultado esperado, no pudiendo

reclamarse por daños futuros o posibles, no ciertos ni comprobados, como afirma la jurisprudencia consolidada.

D) Posición de la parte apelada.

La parte apelada, D.^a Eva , solicita la confirmación en todos sus extremos de la sentencia impugnada.

Sostiene, al efecto, en síntesis:

A) Las mamografías de marzo de 2003 constan en los autos adjuntadas como documento n.º 1 de la demanda y sobre su estudio se interrogó al perito oncólogo, que en el acto de la ratificación de su informe, afirmó haberlas examinado y tras su examen llegar a las conclusiones que constan en su informe. Por lo tanto la parte recurrente carece de motivos para alegar desconocimiento. La proposición de prueba pericial de la parte apelada, extremo 2, sitúa la petición de estudio de las mamografías aportadas; el hecho 1 de la demanda referencia la aportación como documento de tales placas radiográficas. El perito oncólogo afirma en este extremo 2: " Después de ver y estudiar las mamografías de marzo de 2003...".

Es decir, queda fuera de toda duda que el perito oncólogo tuvo a su disposición, igual que la recurrente, las placas, las vio, examinó y dictaminó y la conclusión a la que llegó fue: " no cabe duda de que existían en esa fecha imágenes sospechosas de poder hallarse ante la presencia de un tumor mamario maligno en mama izquierda ".

B) Frente a la pretensión de que prevalezca el criterio del radiólogo que en su día vio las mamografías frente al del oncólogo, sostiene la parte apelada que de contrario se incurre en el error de entender que el oncólogo reinterpreta el informe del radiólogo cuando lo que ha sucedido es que el oncólogo ha estudiado las placas y llegado a conclusiones diferentes a las del radiólogo. Y es en base a sus propias conclusiones, que obtienen un resultado discrepante sobre aquello que mostraban las mamografías cuando establece que la recomendación debía ser otra. Y esta nueva recomendación no es una revisión en tres meses, como parece indicar el recurso de apelación, sino la realización inmediata de una biopsia, o al menos una punción aspiración con aguja fina de la zona sospechosa (extremo 3). Esos estudios y el diagnóstico deben estar finalizados en un plazo máximo de tres meses; el radiólogo sólo recomienda nuevo control radiográfico en seis meses.

C) El problema, a juicio de la parte apelada, no es de la especialidad de los peritos sino de los presupuestos fácticos sobre los que se realiza el informe pericial, no habiendo examinado el perito ginecólogo directamente las mamografías de marzo de 2003, como reconoció en la vista.

Las mamografías, en contra de la opinión del referido perito, no son un caso de falso negativo pues no es que mostrasen normalidad (negatividad) cuando había lesión tumoral sino que mostraba lesión sospechosa de malignidad y el radiólogo la pasó por alto.

D) El daño está perfectamente individualizado en la sentencia recurrida, se trata de un daño moral inherente al hecho de que el retraso del diagnóstico provoca pérdidas de expectativas pronósticas; es decir, la ciencia médica entiende que el retraso de tres meses o mayor en la instauración del tratamiento supone una pérdida pronóstica (en ello coinciden ambos peritos judiciales). El estadiaje concreto del cáncer de la recurrente se evaluó en T"N", con una expectativa de curación del 58,7/ al de cinco años; es decir, el 41,3% restante desarrolla recidivas o extensiones del tumor. La conciencia en el paciente de que tiene más posibilidades de morir o no curarse de un cáncer por un error en la lex

artis ad hoc provoca un daño moral inherente.

E) No comparte la parte apelada que se haya aplicado una presunción no acreditada, vulnerando el art. 1253 CC , pues no es necesario presumir nada. Lo que está acreditado es que lo que informó el radiólogo en marzo de 2003 no es lo que muestran las mamografías, como queda acreditado pericialmente. Esa es una prueba incuestionable y valorada judicialmente conforme a las reglas de la sana crítica. Y de ahí se parte del resto de conclusiones: de haberse interpretado bien las placas se debería haber realizado de manera inmediata una biopsia o una aspiración con aguja fina, llegándose al diagnóstico con meses de antelación. No se trata de un falso negativo sino de un error en la valoración radiológica de la mamografía, que sí mostraba positividad, de ahí que los daños revistan un carácter antijurídico conforme declara la sentencia acertadamente.

SEGUNDO

Desestimación de la apelación.

Centrado de este modo el objeto del debate, la cuestión a analizar se reduce a determinar si la Juzgadora de Instancia ha incurrido en error al valorar la prueba, lo que a juicio de la Sala no concurre por las siguientes razones:

1ª.- A la vista de las alegaciones sobre las que se sustenta el recurso de apelación, resulta oportuno recordar los criterios jurisprudenciales que acotan la facultad conferida al órgano judicial de apelación en orden a la revisión de la valoración de la prueba practicada en la primera instancia:

La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial es función básica del juzgador de instancia al que, en este caso, corresponde definir conforme al resultado de la prueba cuál sea la "situación de hecho" que se ofrece para el enjuiciamiento (por todas, entre las más recientes, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictadas con fechas de 11 de febrero de 2009, Sección 4, recurso de casación 3278/2006 ; 26 de noviembre de 2008, Sección 6, recurso de casación 7856/2004 ; 17 de noviembre de 2008, Sección 4, recurso de casación 7624/2005 ; 4 de junio de 2008, Sección 4, recurso de casación 804/2005).

Esta valoración por el órgano judicial de instancia podrá ser revisada en la apelación con fundamento en la apreciación de que la actuación judicial valorativa infringe el derecho de la prueba, incluido el que se deduzca de los principios generales del derecho, o las reglas de la lógica (entre las recientes, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio , 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recurso de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 7568/2003 ; así como las citadas en las mismas , de 6 y 17 de julio de 1998 , 27 de marzo , 17 de mayo , 19 de junio , 12 de julio , 22 de septiembre , 6 y 18 de octubre , 2 y 19 de noviembre , 15 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 5 de febrero , 20 de marzo , 3 de abril , 5 de mayo , 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 , 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

En el caso de la prueba pericial, cuya valoración se rige por lo dispuesto en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción.

2ª.- En el presente caso, no es apreciable el error denunciado por la parte apelante al no considerar la Sala, a la vista de los elementos de contraste indicados en el recurso de apelación que la Juzgadora de Instancia haya infringido los principios generales del Derecho ni las reglas de la lógica al establecer el resultado probatorio objeto de crítica.

La razón decisoria de la Juzgadora de Instancia se fundamenta en la existencia de retraso en el diagnóstico productor de daño moral en la recurrente, comparando al efecto lo manifestado sobre el particular por el informe de perito especialista en Oncología y por el emitido por el especialista en Ginecología y Obstetricia. Siendo contradictorios sobre el extremo controvertido ¿pues el primero afirma la existencia de retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que padecía la recurrente, en tanto que el segundo lo niega-, la Juzgadora de Instancia prima el contenido del primero de los dictámenes con fundamento en el criterio de la especialidad médica en relación a la dolencia padecida por la recurrente.

El criterio técnico adoptado por la Juzgadora de Instancia, tras el contraste de los informes expertos mencionados, no puede ser rebatido con fundamento en la ausencia de examen por el perito Oncólogo de las mamografías de marzo de 2003 pues, ciertamente, obran en autos ¿sobre adjunto a la demanda como Documento n.º 1- y el mismo perito declara y ratifica haberlas examinado con carácter previo a la emisión de sus conclusiones sobre los extremos concernientes al punto controvertido en cuestión (contestación a la pregunta 2 de la parte demandante, folio n.º 179 de las actuaciones practicadas en la instancia:

" Después de ver y estudiar las mamografías de Marzo del 2003, y a la vista del informe radiológico emitido (folio 6) no cabe duda de que existían en esa fecha imágenes sospechosas de poder hallarse ante la presencia de un tumor mamario maligno en mama izquierda "). Por otro lado, el perito únicamente habla de imágenes sospechosas y no, como parece dar a entender la parte apelante en su recurso, de la " presencia de un tumor mamario maligno en mama izquierda " (folio n.º 8 de las actuaciones practicadas en la apelación).

Tampoco puede aceptarse la crítica de la sentencia que tiene por objeto la primacía de una especialidad sobre otra, al acoger la sentencia el criterio técnico oncológico como elemento dirimente, por cuanto la parte apelante efectúa una serie de consideraciones en su recurso que no van acompañadas del soporte demostrativo necesario para estimar infringidas por la Juzgadora de Instancia las reglas o principios a que se hizo mención anteriormente en relación con la revisión probatoria en apelación. La complementariedad del tratamiento oncológico o la norma general de obligado cumplimiento para estos casos en OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD no encuentran otro refrendo en el recurso que su propia enunciación como alegato impugnatorio.

Siendo esto así, es decir, no habiendo vulneración de las reglas de la prueba en la adopción por la Juzgadora de Instancia del informe pericial oncológico a efectos decisorios, decaen inexorablemente los motivos de crítica articulados sobre el criterio técnico expresado por el perito especialista en Ginecología y Obstetricia.

De igual modo no puede aceptarse que la sentencia base su pronunciamiento estimatorio parcial en un razonamiento presuntivo pues, antes al contrario, la razón de decidir se apoya en declarar probado un extremo fáctico (el retraso en el diagnóstico determinante de daño moral en la paciente) que resulta acreditado por la prueba pericial oncológica obrante en autos, que así lo declara con rotundidad.

Finalmente, también deben ser objeto de rechazo las manifestaciones contenidas en el recurso de

apelación sobre la inexistencia de daño físico, cierto, concreto, real y objetivo en la actora o sobre la corrección de la asistencia sanitaria prestada, pues los hechos declarados probados, que no han sido combatidos con éxito en esta alzada, consisten meridianamente en reconocer , primero, que ha existido retraso en el diagnóstico de la enfermedad y, segundo, que ello ha causado un daño moral a la recurrente.

Por la parte apelante, en definitiva, se postula una interpretación alternativa a la de la Juzgadora sobre el alcance y ponderación del resultado de parte de los medios de prueba practicados, operación siempre posible dado el carácter plural de la actividad de probanza obrante en autos y la susceptibilidad de este material de ser objeto de opinión y crítica, pues lo contrario conduciría inexorablemente a presumir la temeridad de la postura procesal de una de las partes.

Sin embargo, no puede servir la segunda instancia para una revisión inmoderada e ilimitada de toda la prueba practicada en autos a fin de cuestionar o debatir, como operación natural y propia de la apelación, la valoración probatoria del Juzgador de Instancia, sino exclusivamente en los casos ya mencionados de infracción del derecho de la prueba, incluida la afectación a los principios generales del Derecho o a las reglas de la lógica, circunstancia que como se expone aquí no se estima concurrente.

P

Por todo ello, el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado.

TERCERO

Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998 , procede efectuar preceptiva imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia, si bien en aplicación de la facultad prevista en el n.º 3 del precepto citado procede limitar los honorarios de Letrado a la cuantía de 6.000 euros, habida cuenta de la naturaleza y complejidad del asunto y de la actuación profesional desarrollada por la defensa de la parte apelada.

III. F A L L O

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 266 DE 2008, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2 DE LOS DEVITORIA-GASTEIZ, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 70 DE 2003, DEBEMOS:

PRIMERO

CONFIRMAR, COMO CONFIRMAMOS, LA SENTENCIA DICTADA EN LA PRIMERA INSTANCIA.

SEGUNDO

EFFECTUAMOS IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA, LIMITANDO A LA CUANTÍA DE 6.000 EUROS LOS HONORARIOS DE LETRADO QUE PODRÁN RECLAMARSE EN TAL CONCEPTO.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.