



AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION SEGUNDA
MURCIA

ROLLO N° 322/07
ORDINARIO 803/06
MURCIA 7

SENTENCIA NUM. 99/08

NOTIFICADO
- 4 JUN. 2008
Procuradora
Sra. NAVAS CARRILLO

Ilmos. Sres.:

D. ABDÓN DÍAZ SUÁREZ

Presidente

D. ANDRES MONTALBAN AVILES

D. ALVARO CASTAÑO PENALVA

Magistrados

En la Ciudad de Murcia, a diecinueve de mayo de dos mil ocho

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Segunda de esta Audiencia, compuesta por los magistrados que figuran en el encabezamiento de esta resolución, los autos de Procedimiento ordinario que bajo el nº 803/06 se han sustanciado y resuelto en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Murcia, y que ante ésta Sala penden en virtud de recurso de apelación promovido por D. Luis Roche Martínez, representado por la Sr. Navas Carrillo y bajo dirección letrada de García Valcarcel-Escribano. Y en el que interviene como parte apelada D. Jose Ramón Rodríguez García y Agrupación Mutual Aseguradora representada por el Sr. Albacete Manresa y bajo la dirección técnica de Díez de Revenga Torres.

Es ponente el Presidente de la Sala D. Abdón Díaz Suárez, que expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado, con fecha 26 de abril de dos mil siete se dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por D. Luis Roche Martínez que lo hace en su propio nombre y en el de sus hijos menores Mario y Noelia Roche Alcázar, representado por la procuradora Doña Olga Navas Carrillo, contra D. José R. Rodríguez García y esposa, esta a los solos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la compañía de seguros Agrupación Mutual Aseguradora, representados por el procurador D. Alfonso Albacete Manresa, debo de absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia y en tiempo y forma se interpuso recurso de apelación por D. Luis Roche Martínez solicitando la revocación de la sentencia. Admitido a trámite el recurso se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al recurso y pidiendo la confirmación del fallo apelado.

TERCERO.- Por el Juzgado de instancia se elevaron las actuaciones a esta Il.tra. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Segunda donde se registraron con el num. de Rollo 322/07, dictándose resolución acordando traer los autos a la vista para dictar sentencia y señalándose para votación y fallo sin celebración de vista el día 24 de abril de dos mil ocho.

CUARTO.- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales, excepto el retraso debido a la acumulación de trabajo con motivo de la huelga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 16 de abril de 2002, Doña Dolores Alcázar Frutos que en anualidades precedentes acudía a la consulta privada del Doctor Rodríguez García para someterse a controles o revisiones periódicas, es llevada al hospital universitario "Virgen de la Arrixaca" aquejada de astenia y episodios de dolor lumbar que aseguraba venir padeciendo desde los tres últimos meses, apreciándosele un cuadro de ictericia y dolor abdominal propios de una sintomatología paraneoplásica, confirmada tras su ingreso por el diagnóstico de carcinoma de origen mamario con metástasis hepática, que determinó su fallecimiento el 22 de abril de 2002, seis días después de su ingreso, y a la edad de 33 años.

El actor, en su propio nombre y en el de sus menores hijos, promovió demanda en la que deducía pretensión indemnizatoria contra el doctor demandado que había asistido a su fallecida esposa en consulta particular desde el 3 de diciembre de 1993 hasta el 7 de junio de 2001, con fundamento en la negligencia en que habría incurrido en el curso de esta última asistencia.

La sentencia de instancia no aprecia responsabilidad alguna en el demandado por no concurrir relación de causa a efecto (error de diagnóstico-fallecimiento de la paciente) y desestima la demanda, resultado procesal que el actor somete ahora a control impugnativo ante esta Sala, propugnando un pronunciamiento revocatorio que otorgue satisfacción jurisdiccional a los pedimentos suplicados en la demanda.

SEGUNDO. - La sentencia de instancia confronta las contrapuestas tesis de los litigantes que integran la controversia: la de los demandados, que sostienen que la esposa y madre fallecida presentaba 2 tumores, uno benigno que le detectó el doctor co-demandado 9 meses antes, y otro maligno, detectado 6 días antes de la muerte.

Para el actor, por el contrario existió un solo nódulo: el maligno, en otras palabras, el fibroadenoma que le diagnosticó 9 meses antes del deceso.

Esta posición es desechada por la sentencia de instancia, que comparte los planteamientos de los demandados, afirma que existieron dos nódulos y rechaza la entrega al actor de mamografías que no corresponderían a su esposa, imputación que se reputa tan grave como infundada.

TERCERO. - No es posible, en tesis de impugnación del recurso, que el nódulo benigno de 1,50 cms en cuadrante superior externo, se convierta en el nódulo maligno de 0,5 cm, hallado en el cuadrante inferior, pues los tumores crecen en el mismo sitio donde nacen y nunca disminuyen, siendo intrascendente que el informe obrante al folio 24 del historial refiera sólo el nódulo maligno hallado en el cuadrante inferior, y no el del cuadrante superior, el benigno por ser ajeno a la situación, y las pruebas que se dicen omitidas no están médicamente indicadas en una mujer de 32 años sin signo alguno de malignidad, a lo que se añade que aun habiéndose puncionado o extirpado el fibroadenoma del cuadrante superior externo, no se hubiere diagnosticado el cáncer del cuadrante inferior interno, sin olvidar que la paciente jamás refirió al demandado síntoma o molestia de tumoración, para concluir recordando que es imposible que una tumoración de 0,5 cm, tuviera una evolución de 4 años, por muy lento que fuera el crecimiento tumoral, y que un tumor de 0,5 cm sólo excepcionalmente da metástasis y, si lo hace, se trata de un cáncer muy agresivo y rápido.

CUARTO.- Obligado resulta puntualizar, a fin de restituir a la pretensión resarcitoria su verdadero fundamento, que la "causa petendi" de la reclamación entablada no descansan en un error de diagnóstico, sino en la omisión de pruebas que se designan con el carácter de protocolizadas, y que debieron practicarse para detectar un tumor en la mama derecha de la esposa del actor y confirmar su verdadera naturaleza.

Ello determina que sea de la particular incumbencia probatoria del paciente o del actor en este caso, la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de dejar plenamente acreditado que el acto médico cuestionado fue realizado con infracción o sin sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, o, lo que es lo mismo, a lo que se denomina "lex artis ad hoc". La obligación contractual o extracontractual del médico y de ordinario de las profesiones sanitarias, no se orienta a obtener la recuperación o sanidad del enfermo, sino a procurarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, por lo que la jurisprudencia ha declarado que no es la suya una obligación de resultado sino de medios, descartando en su configuración cualquier rasgo de responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

Concernido por estas incumbencias probatorias, el recurrente pone en duda la autenticidad de la mamografías aportadas por entender que muestran un caso clínico completamente distinto y considera injusto el severo reproche que se le hace en la sentencia apelada por no haber siquiera intentado alguna prueba al respecto.

En rigor, no puede decirse que exista una radical improbanza en torno a ello, cuando en la página 14 del dictamen del Dr. Cano las dubitadas mamografías no parecen guardar correspondencia con la historia clínica.

También el Dr. Peramo, en el folio 11 de su informe, destaca que tanto la mamografía realizada a la fallecida en el hospital universitario Virgen de la Arrixaca, como la exploración reflejada en la historia clínica no son concordantes con lo observado en las mamografías aportadas.

Por último, el Dr. Cardona Llorens, en la página 4 de su informe, examina las mamografías realizadas el 19 de abril de 2002 y aprecia en el cuadrante supero-externo otra lesión nodular, menos sospechosa de malignidad, no recogida en el informe que hace el radiólogo tres días después, ni detectada tampoco en la palpación mamaria realizada un día antes: el 18 de abril de 2002.

En la historia clínica se hace constar una mamografía; se aportaron dos mamografías entregadas no con el historial clínico, sino posteriormente.

Por tanto, aunque los criterios clínicos vertidos al respecto no expresen opiniones científicamente aventuradas ni traduzcan grave desinformación, es lo cierto que una prueba categórica de su autenticidad o inautenticidad hubiere precisado de un término de comparación, esto es, de una mamografía indubitada (con código de barras y tratamiento digitalizado de datos que quedan informáticamente impresos en la placa), cuyo cotejo o contraste de imágenes permitiese llegar a conclusiones rotundas.

En cualquier caso, la Sala va a examinar la controversia con parámetros distintos y desde una perspectiva de enjuiciamiento diferente.

QUINTO.- Con apoyo en esas mamografías y a tenor del estudio que a ellas dedican los doctores Peramo y Cardona, la sentencia apelada parte de la existencia de 2 tumores: uno en el cuadrante infero-interno de la mama derecha, que constituiría el adeno-carcinoma de reciente aparición, responsable del fallecimiento, y otro localizado en el cuadrante supero-externo de la misma mama, consistente en lesión nodular "menos sospechoso de malignidad", identificando este último con el tumor benigno "certeramente diagnosticado por el doctor demandado como fibroadenoma".

Tan importante afirmación, sin embargo, no se sustenta para la Sala en prueba sólida que le preste respaldo. En el informe clínico que se extiende tras la consulta para revisión de la paciente el 7 de junio de 2001, el informante no describe lo que vió en la imagen ecográfica (lesión en renacuajo sugestiva de

fibroadenoma, "ad exemplum") y si bien se refiere a la mama derecha, no se localiza en cuadrantes o espacios mamarios. Se supone que durante la ecografía se obtendrían fotos con la cámara conectada a una video-impresora.

Con todo, al responder al requerimiento notarial, el doctor demandado entregó fichas e informes clínicos, pero no aportó la ecografía.

Consecuentemente, la benignidad que le atribuye la resolución impugnada, antes que un hecho probado es un dato por probar.

SEXTO.- La verdadera "questio disputada" no es un pretendido error de diagnóstico en que habría incurrido el doctor demandado, extremo que como ha quedado inmediata y precedentemente recogido en la fundamentación antecedente, está lejos de haberse cumplidamente demostrado. El juicio clínico no fue seguido de una conveniente demostración científica que confirmara su acierto o desacierto.

La cuestión debatida y el núcleo mismo de la controversia es la adecuación a la "lex artis" del acto médico desplegado en aquella última revisión ginecológica de 7 de junio de 2001. Para su valoración, importa reconocer la insuficiencia de la ecografía, aunque se admitiere su realidad, para descartar la malignidad de una lesión nodular. Eficaz para diferenciar tumores sólidos de líquidos (quistes), su valor es inferior y más limitado que las mamografía para confirmar si el nódulo, bultoma o tumor detectado tenía o no significación patológica.

No puede aceptar la Sala para descartar la mamografía el criterio de la economía de gasto, merced a dos consideraciones: si está verdaderamente indicada en clínica obstétrica, criterios puramente crematísticos no pueden sobreponerse a la importancia social y biológica de los bienes que se tratan de proteger, a lo que ha de agregarse que no es sanidad pública, sino paciente privada, nada reticente por lo común a discretos dispendios, cuando está en juego un bien tan preciado como la salud.

Y estadísticas recientes, unidas a máximas de experiencia cotidiana, ponen de relieve que la edad de aparición de esos carcinomas se adelanta hasta alcanzar notas de precocidad en relación con otros períodos.

Es evidente que un tumor crece por extensión o por metástasis. Ahora bien, una masa indurada, o lo que es lo mismo, empastada o apergaminada, no puede atribuírsele 0,5 cms, pues lo espiculado no tiene contornos precisos. Y la tesis de un carcinoma agresivo, de rápida evolución, no está en consonancia con el informe de la Dra. Furones , que tras su reconocimiento por palpación, atribuye al tumor unos 4 años de evolución, ni con el informe citológico del Dr. Bas que asigna también a esa masa indurada y mal definida en mama derecha ese periodo evolutivo.

En definitiva, se omitieron técnicas de diagnóstico de obligada realización. Era inexcusable una punción, una mamografía y una cito-histología que hubiera permitido alcanzar certeza sobre la significación patológica o la constatada benignidad de lo detectado en aquella última revisión, para instaurar una terapia adecuada, actuación médica a la que es inherente la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en negligencia por incumplimiento de la "lex artis ad hoc".

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Que acogiendo el recurso de apelación interpuesto por D. LUIS **ROCHEL MARTINEZ** contra la sentencia de 26 de abril de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Murcia en el Juicio Ordinario 803/06, **REVOCAMOS** dicha resolución para, en su lugar, estimar la demanda y condenar a los demandados a abonar 193.228,24 euros a D. Luis **Roche Martinez** y 43.225,89 euros a los menores Mario y Noelia **Roche Alcázar** , cantidades



incrementadas con intereses legales desde la interpelación y costas de instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las del recurso.

Una vez notificada a las partes, remítanse los autos principales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de origen para su cumplimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, certificación de la cual se unirá al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.