

# Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española.

Sardinero García, Carlos, Santiago Sáez, Andrés, Bravo Llatas, María del Carmen, Perea Pérez, Bernardo, Albarrán Juan, María Elena, Labajo González, Elena y Benito León, Julián.

Cita:

Sardinero García, Carlos, Santiago Sáez, Andrés, Bravo Llatas, María del Carmen, Perea Pérez, Bernardo, Albarrán Juan, María Elena, Labajo González, Elena y Benito León, Julián (2016). *Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española*. *Gaceta Sanitaria*, 1-5.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/elenalabajogonzalez/20>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pcQr/zZV>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.  
Para ver una copia de esta licencia, visite  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

*Acta Académica* es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. *Acta Académica* fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Original

## Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española

Carlos Sardinero-García<sup>a,b</sup>, Andrés Santiago-Sáez<sup>c,d</sup>, M. del Carmen Bravo<sup>e</sup>, Bernardo Perea-Pérez<sup>d</sup>, M. Elena Albarrán-Juan<sup>d</sup>, Elena Labajo-González<sup>d</sup> y Julián Benito-León<sup>f,g,h,\*</sup>

<sup>a</sup> Sardinero Abogados, Leganés (Madrid), España

<sup>b</sup> Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III, Getafe (Madrid), España

<sup>c</sup> Servicio de Medicina Legal, Hospital Universitario Clínico San Carlos, Madrid, España

<sup>d</sup> Escuela de Medicina Legal, Facultad de Medicina, Universidad Complutense, Madrid, España

<sup>e</sup> Servicio Informático de Apoyo al Usuario-Investigación, Oficina de Tecnologías de la Información de Ciencias de la Salud, Ciencias de la Información y Bellas Artes, Universidad Complutense, Madrid, España

<sup>f</sup> Servicio de Neurología, Hospital Universitario 12 de Octubre, Madrid, España

<sup>g</sup> Departamento de Medicina, Facultad de Medicina, Universidad Complutense, Madrid, España

<sup>h</sup> CIBER de Enfermedades Neurodegenerativas (CIBERNED), España

### INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 3 de abril de 2016

Aceptado el 19 de mayo de 2016

On-line el xxx

Palabras clave:

Pérdida de oportunidad

Jurisprudencia

Compensación

Oncología

Keywords:

Loss of chance

Jurisprudence

Compensation

Oncology

### RESUMEN

**Objetivo:** La pérdida de oportunidad asistencial se ha introducido con mucha fuerza en las resoluciones judiciales dictadas en los últimos años. Nuestro objetivo fue analizar las sentencias condenatorias por responsabilidad derivada de pérdida de oportunidad asistencial, dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa (es decir, en la medicina pública), en las que tanto el origen de la patología a tratar como las secuelas fueron procesos oncológicos.

**Método:** Se han analizado las 137 sentencias judiciales, relacionadas con patologías oncológicas, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron dictadas en España hasta mayo de 2014.

**Resultados:** De las 137 sentencias, 119 (86,9%) fueron dictadas por error diagnóstico y 14 (10,2%) por un tratamiento inadecuado. Desde el año 2010 se han producido 100 (73,0%) sentencias, lo que supone más de un 170% de aumento con respecto a las 37 (27,0%) dictadas en los primeros 6 años del estudio (2004 a 2009). La mayoría de los pacientes (68,6%) fallecieron, siendo las de mama y de órganos genitales femeninos (24,1%), así como las digestivas (21,1%), las neoplasias malignas que con más frecuencia originaron la condena.

**Conclusiones:** La actividad litigante por pérdida de oportunidad asistencial en patologías oncológicas en la medicina pública española ha aumentado de manera significativa estos últimos años. Las sentencias fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico o tratamiento inadecuado.

© 2016 SESPAS. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

### Responsibility for the loss of opportunity in malignant cancer care in the Spanish public healthcare system

#### ABSTRACT

**Objective:** The loss of chance in healthcare has been forcibly introduced in the adjudications pronounced in recent years. Our objective was to analyse the verdicts of guilt resulting from the loss of chance ordered by the Contentious-Administrative Court (i.e., in the public healthcare system), in which both the origin of the disease to be treated and the sequelae were oncological processes.

**Method:** We analysed 137 cancer-related court judgments from the Contentious-Administrative Court, which referred to the concept of loss of chance, issued in Spain up to May 2014.

**Results:** Of the 137 sentences, 119 (86.9%), were pronounced due to diagnostic error and 14 (10.2%) due to inadequate treatment. Since 2010, 100 sentences have been passed (73.0%), representing an increase of more than 170% with respect to the 37 (27.0%) ordered in the first six years of the study (from 2004 to 2009). Most of the patients (68.6%) died, predominantly from breast cancer and gynaecological cancer (24.1%), and gastrointestinal cancers (21.1%). These malignancies were the ones most often involved in the sentences.

**Conclusions:** The litigant activity due to loss of chance in oncological processes in the public health care has significantly increased in the last years. The judgments were mainly given because of diagnostic error or inadequate treatment.

© 2016 SESPAS. Published by Elsevier España, S.L.U. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

\* Autor para correspondencia.

Correo electrónico: [jbenitol67@gmail.com](mailto:jbenitol67@gmail.com) (J. Benito-León).

<http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.05.007>

0213-9111/© 2016 SESPAS. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

## Introducción

Valorar la posible responsabilidad que se desprende de los actos médicos supone una incuestionable dificultad. Ello se debe a que la medicina es una disciplina que, como toda ciencia valorativa, resulta inexacta por definición. Por ejemplo, ante los mismos síntomas presentados por un paciente, varios médicos pueden ofrecer diferentes diagnósticos; es más, y ante un diagnóstico idéntico, tratamientos distintos<sup>1</sup>. También es inexacta por la normal interferencia en la curación de circunstancias frecuentemente imprevisibles, como por ejemplo la resistencia de la naturaleza del enfermo, en la que influye su estado psicológico, o su respuesta a los fármacos<sup>1</sup>. Esto hace que determinados tratamientos, eficaces para la mayor parte de los pacientes, puedan ser inútiles para otros e incluso perjudiciales; sin olvidar que el estado de la ciencia, aunque se encuentre en permanente evolución, puede resultar incapaz de resolver muchas de las enfermedades que afectan actualmente a la sociedad<sup>1</sup>, entre ellas determinadas patologías oncológicas.

En consecuencia, por mucho que progresen los medios diagnósticos o la técnica, la medicina siempre estará rodeada de incertidumbre causal, motivo por el cual al médico se le podrá exigir que su conducta se ajuste a la diligencia que exija la naturaleza de su obligación, nada más y nada menos; se dice entonces que su obligación es de medios, no de resultados<sup>2</sup>. Lo que ocurre es que, a estas circunstancias, muchas veces aleatorias, se añade la incertidumbre que rodea el resultado de un litigio, cuando la conducta del médico es sometida a juicio, incluso en el supuesto de aceptar que su comportamiento quedó alejado de la *lex artis*<sup>3</sup>. En efecto, cuando se priva al paciente de su derecho a recibir una atención adecuada y fallece —no es diagnosticado correctamente o no recibe el tratamiento adecuado—, como lo sucedido no se puede cambiar, se habla de pérdida de oportunidad asistencial<sup>4</sup>. Saigí-Ullastre et al.<sup>5</sup> definen el concepto de pérdida de oportunidad como aquellos supuestos que presentan, como característica común, un error o un retraso de diagnóstico de un proceso médico que acaba con lesiones o el fallecimiento del paciente. En estos casos, la pérdida de oportunidad consiste en no haber podido aplicar, por el error, el tratamiento adecuado en un momento precoz y haber incrementado así la esperanza de vida del paciente, o en su caso, su calidad de vida<sup>5</sup>. Uno de los principales problemas que encuentran los jueces y tribunales es la dificultad de establecer la relación de causa-efecto<sup>4,5</sup>. Esto es, la responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial exige demostrar hasta qué punto, de haberse diagnosticado a tiempo o tratado de forma adecuada, hubiera variado la progresión de la enfermedad<sup>4,5</sup>. De ahí las dificultades que encuentra la teoría de la pérdida de oportunidad a la hora de determinar el daño y la indemnización<sup>1,5</sup>.

En este artículo pretendemos determinar las características de las sentencias dictadas por responsabilidad sanitaria en relación a la pérdida de oportunidad asistencial en el manejo de las neoplasias malignas, siembre en el ámbito de la medicina pública española, considerando todas las variables que contemplan, tanto en el planteamiento de la reclamación como en la resolución del proceso judicial. De este modo, los resultados podrían facilitar una práctica más segura de la especialidad, tanto para el paciente como para el médico, así como cierta previsibilidad ante el resultado de un litigio en el que medie la pérdida de oportunidad. Cabe destacar que no existe en la literatura médica o jurídica ningún estudio similar que haga referencia específica a la pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito oncológico.

## Método

### Origen del material y criterios de inclusión

Con carácter previo, es conveniente aclarar que la jerarquía jurisdiccional española se establece por su función procesal<sup>1</sup>. Así,

podemos distinguir, por un lado, los órganos de instancia —primera o única—, que son los que resuelven los asuntos por primera vez, y por otro la segunda instancia, que sirve para realizar una función revisora de la primera; es decir, un nuevo enjuiciamiento pleno, ante un órgano superior estratificado de la siguiente forma en la vía contencioso-administrativa: Tribunal Superior de Justicia (órgano superior en la comunidad autónoma con competencias para juzgar responsabilidad patrimonial tras la derivación de competencias desde el Estado a las comunidades autónomas), Audiencia Nacional (todavía con competencias en materia de responsabilidad patrimonial derivada de asistencia sanitaria en materias no transferidas a las comunidades autónomas, como las que ejerce el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, o en competencias exclusivas del Estado, como las que ejerce el Ministerio de Defensa), y finalmente el Tribunal Supremo (órgano jurisdiccional superior). En la vía de reclamación contencioso-administrativa existe un complejo sistema competencial que contempla la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que dependiendo del ámbito territorial se acude en primera instancia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o directamente al Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma, sin necesidad de acudir antes a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Se han analizado todas las sentencias judiciales relacionadas con patologías oncológicas, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron emitidas en España hasta mayo de 2014. Se hizo la búsqueda durante el mes de mayo de 2014, utilizando la base de datos jurídica de la editorial El Derecho (<http://www.elderecho.com/>) por considerarla, en la actualidad, como una de las bases más potentes y más utilizadas, tanto en el ámbito académico como en el profesional, por letrados, jueces y magistrados. En este trabajo se han analizado las sentencias de Tribunales Superiores, Audiencia Nacional (en ambos tribunales tanto si actúan como primera o segunda instancia) y Tribunal Supremo, pero no así las emitidas por los juzgados en la primera instancia, dado que no es posible acceder a ellas por los cauces regulares, como son las bases de datos, lo que supone una limitación en nuestro estudio. De las 10.001 sentencias obtenidas, 1249 aludían al concepto de pérdida de oportunidad asistencial. De estas, 522 fueron condenas en el ámbito de la medicina pública, de las cuales decidimos excluir tres por no figurar la patología o secuelas que produjeron la reclamación. Dichas condenas fueron dictadas desde el 16 de octubre de 2002 hasta el 14 de mayo de 2014. De las 519 sentencias, 137 (26,4%) se tuvieron en cuenta para este estudio en atención a los siguientes criterios de inclusión: a) sentencias en las que tanto el origen de la patología a tratar como las secuelas fueran procesos oncológicos; y b) texto de la sentencia donde figure la patología reclamada, las circunstancias y el lugar en que se produjo, sus consecuencias y la resolución judicial.

Se recogieron las variables administrativas, judiciales y clínicas de cada sentencia. No se pudo recoger la variable «tipo de profesional implicado» (es decir, si fue un oncólogo u otro facultativo) debido a que, al ser sentencias en el ámbito contencioso-administrativo no se especificaba, en la mayor parte de ellas, qué médico (especialista o no) había participado. La vía de acceso (motor de búsqueda) fue la siguiente: responsabilidad patrimonial/asistencia sanitaria/pérdida de oportunidad/oncología/condena.

### Análisis estadístico

Se realizó un estudio descriptivo simple de las variables recogidas, mediante porcentajes. En lo referente a las comunidades autónomas, con objeto de corregir el número de sentencias respecto a la actividad médica realizada se presentó el número

de camas hospitalarias públicas, según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad actualizados a 31 de diciembre de 2014 (<http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/docs/CNH2015.pdf>). De esta manera se obtuvo el índice de sentencias por cada 100.000 camas hospitalarias (tabla 1).

Las neoplasias malignas se clasificaron acorde con la Clasificación Internacional de Enfermedades, 10ª versión (CIE10). Se excluyó del estudio la patología neurooncológica, porque ha sido tratada en otro estudio.

Para comparar la cuantía indemnizatoria respecto a la solicitada se empleó la prueba de los rangos con signos de Wilcoxon. La significación estadística se estableció en  $p < 0,05$ . Los datos se analizaron mediante el programa estadístico SPSS v. 21.0.

## Resultados

### Estudio descriptivo

La primera sentencia por pérdida de oportunidad asistencial en España por un proceso oncológico (fallecimiento de una mujer de 80 años por retraso en el diagnóstico de un cáncer colorrectal) se produjo el 1 de diciembre de 2004, y fue dictada por la Audiencia Nacional. Desde entonces se ha producido un crecimiento exponencial de este tipo de sentencias (tabla 1). Así, desde el año 2010 se han dictado 100 (73,0%) sentencias, lo que supone más de un 170% de aumento con respecto a las 37 (27,0%) habidas en los primeros 6 años del estudio (2004 a 2009). De las 17 comunidades autónomas, las de Madrid, La Rioja y Castilla y León fueron, tras la corrección por el número de camas, donde se dictaron más sentencias condenatorias por pérdida de oportunidad (tabla 1).

En la tabla 2 se muestran las variables clínicas. El porcentaje de varones y mujeres fue similar, y las edades situadas entre los 15 y 64 años, las más implicadas en las sentencias. Las neoplasias malignas que con más frecuencia originaron la condena fueron las de mama y de órganos genitales femeninos (24,1%), y las digestivas (21,1%).

En la tabla 3 se presentan las variables judiciales. La mayor parte de las condenas fueron impuestas a la comunidad autónoma y a su aseguradora (compañía de seguros). De las

**Tabla 1**  
Variables administrativas

Variables	N (%)
<i>Fecha de la sentencia</i>	
2004-2009	37 (27,0)
2010-2014	100 (73,0)
<i>Comunidad autónoma (nº camas hospitalarias públicas)<sup>a</sup></i>	
Andalucía (15.391)	6 (4,4) [39,0]
Aragón (4527)	8 (5,8) [176,7]
Canarias (4799)	1 (0,7) [20,8]
Cantabria (1366)	2 (1,5) [146,4]
Castilla-La Mancha (5300)	2 (1,5) [37,7]
Castilla y León (7347)	16 (11,7) [217,8]
Extremadura (2977)	2 (1,5) [67,2]
Galicia (7311)	4 (2,9) [54,7]
Illes Balears (2581)	1 (0,7) [38,7]
La Rioja (808)	2 (1,5) [247,5]
Comunidad de Madrid (14.853)	45 (32,8) [303,0]
Región de Murcia (3191)	6 (4,4) [188,0]
Comunidad Valenciana (11.441)	15 (10,9) [131,1]
Principado de Asturias (2761)	12 (8,8) [108,6]
Cataluña (14.795)	3 (2,2) [20,3]
Comunidad Foral de Navarra (1405)	1 (0,7) [71,2]
País Vasco (5808)	1 (0,7) [17,2]

Datos presentados como N (%) [índice de sentencias/100.000 camas hospitalarias]. Número de camas hospitalarias públicas: 107.083.

<sup>a</sup> Seis casos (4,4%) se resolvieron en segunda instancia en el Tribunal Supremo y cuatro (2,9%) en primera instancia en la Audiencia Nacional; el resto se resolvieron en los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad.

**Tabla 2**  
Variables clínicas

Variables	Categorías	N (%)
Edad <sup>a</sup>	1 mes - 14 años	4 (2,9)
	15 - 64 años	47 (34,3)
	≥65 años	22 (16,1)
Sexo	Hombre	68 (49,6)
	Mujer	69 (50,4)
Tipo de neoplasia	Neoplasias malignas de mama y de órganos genitales femeninos	33 (24,1)
	Neoplasias digestivas	29 (21,1)
	Neoplasias de órganos respiratorios e intratorácicos	23 (16,8)
	Neoplasias de órganos urinarios	10 (7,3)
	Neoplasias malignas de tejidos linfoides, hematopoyéticos o tejidos relacionados	8 (5,8)
	Neoplasias malignas de otros tejidos conectivos y blandos	7 (5,1)
	Neoplasias de órganos genitales masculinos	7 (5,1)
	Neoplasias de piel	4 (2,9)
	Neoplasias malignas de hueso y cartilago articular	4 (2,9)
	Neoplasias malignas de labio, cavidad oral y faringe	3 (2,2)
	Neoplasias malignas de ojo y anexos	1 (0,7)
Neoplasia maligna sin especificar	8 (5,8)	

<sup>a</sup> En 64 casos (46,7%) no consta en la sentencia.

137 sentencias, 119 (86,9%) fueron dictadas por error diagnóstico y 14 (10,2%) por un tratamiento inadecuado. En un 68,6% de los casos el/la paciente falleció. Por último, es llamativo que la cuantía concedida (mediana = 38.000 euros) fue inferior a la solicitada (mediana = 200.000 euros) (prueba de los rangos con signos de Wilcoxon,  $p < 0,001$ ). Encontramos una tendencia no significativa (U de Mann-Whitney,  $p = 0,10$ ) hacia unas mayores cuantías indemnizatorias concedidas en el primer periodo del estudio (2004-2009) (mediana = 50.000 euros) con respecto al segundo (2010-2014) (mediana = 30.000 euros). La cuantía mayor (250.000 euros) se dictó en el caso de una mujer de 34 años de edad con un carcinoma epidermoide de cérvix que había sido diagnosticado tardíamente por un error diagnóstico. Finalmente, resulta muy relevante que tan solo un 10,9% de la indemnización se aplicó por analogía o identidad de razón al baremo de tráfico; en un 5,8% se

**Tabla 3**  
Variables judiciales

Variables	Categorías	N (%)
Entidades demandadas	Comunidad autónoma y aseguradora	126 (92,0)
	Solo comunidad autónoma	11 (8,0)
Hecho imputado motivo de la sentencia	Error diagnóstico	119 (86,9)
	Tratamiento inadecuado	14 (10,2)
	Omisión de consentimiento informado	3 (2,2)
Resultado del daño demandado	Error diagnóstico y tratamiento inadecuado	1 (0,7)
	Fallecimiento	94 (68,6)
Cuantía económica de la reclamación <sup>a</sup>	Lesiones/secuelas	43 (31,4)
	≤100.000 euros	18 (13,1)
	100.001-499.999 euros	84 (61,3)
Cuantía de la indemnización	≥500.000	12 (8,8)
	≤100.000 euros	114 (83,2)
	100.001-500.000 euros	23 (16,8)
Modo de aplicación de la cuantía	Tanto alzado	114 (83,2)
	Baremo de tráfico	15 (10,9)
	Porcentaje de posibilidades	8 (5,8)

<sup>a</sup> En 23 casos (16,8%) no se especificó en la sentencia la indemnización reclamada (se supone que fue por cuantía indeterminada).

indemnizó en atención al porcentaje hipotético de posibilidades de curación (porcentaje que se aplica sobre el citado baremo), y que en la mayoría de los casos (83,2%) se indemnizó a tanto alzado, es decir, sin atender al baremo ni a criterios delimitados (tabla 3).

## Discusión

El presente trabajo se ha desarrollado a partir de sentencias de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo, todas ellas de las respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo, dictadas para juzgar supuestos de responsabilidad patrimonial de la sanidad pública<sup>1</sup>. No se han incluido resoluciones de la Jurisdicción Penal ni de la Civil, dado que los requisitos jurídicos para valorar la responsabilidad (normativa e interpretación jurisprudencial) difieren en función de la jurisdicción<sup>1</sup>. La misma conducta y el mismo resultado valorados por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo serían sometidos a diferentes criterios en el orden civil y en el penal, con resultados absolutamente dispares<sup>1</sup>. En muchos de los trabajos de otros autores que han investigado la responsabilidad médica en distintas especialidades no se ha realizado esta labor de discriminación, lo que podría producir una relativización de sus resultados y hacer aún más difícil su comparación con los obtenidos en el presente estudio<sup>6-11</sup>.

La descripción de las sentencias realizadas en relación con neoplasias malignas a lo largo de 11 años nos muestra principalmente que estos procesos son de «alto riesgo» judicial, en cuanto a la pérdida de oportunidad asistencial se refiere (una de cada cuatro sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito contencioso-administrativo, dictadas en España, está relacionada con patología oncológica maligna). Esto no quiere decir que la especialidad de oncología reciba más sentencias condenatorias que las demás, sino que es la materia en la que con más frecuencia se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, precisamente porque en este terreno se hace muy difícil establecer la relación de causalidad con certeza.

La teoría de la pérdida de oportunidad surgió para dar solución a los supuestos en los que, por una infracción del deber objetivo de cuidado, se priva al paciente de su derecho a recibir una atención adecuada<sup>4,5</sup>. Como lo sucedido ya no se puede cambiar, se habla de pérdida de expectativas de sanación<sup>4,5</sup>, y para su cálculo vemos que, en unos casos, la indemnización atiende a la probabilidad de que el daño no se hubiera ocasionado con una actuación diligente (porcentaje de posibilidades), en otros se indemniza íntegramente el daño (aplicación de baremo), y en otros se indemniza sin criterio delimitado (a tanto alzado) porque no se sabe a qué criterio acudir<sup>1,5</sup>. En nuestra serie de sentencias de patologías oncológicas, la mayor parte (83,2%) fueron dictadas a tanto alzado, lo que refleja la falta de criterio que existe entre los jueces y los magistrados a la hora de aplicar la pérdida de oportunidad. Así, cuando un médico no se comporta de forma diligente, por ejemplo si no solicita la biopsia de un nódulo de características malignas para confirmar o descartar la malignidad, y en su caso conocer su estirpe, y posteriormente se demuestra que en realidad era maligno y que fue la causa del fallecimiento del paciente, nunca sabremos si habría sucedido lo mismo de haber sido diagnosticado y tratado en el momento en que debió hacerse la biopsia. En definitiva, nadie podrá responder a la pregunta de si el paciente habría superado la enfermedad. Esta es la causa de que los jueces tengan tantas dificultades para determinar si hay responsabilidad y, en su caso, la cuantificación del daño. Y como lo único que cabe es hablar de relación de causalidad hipotética, si había tratamiento que aplicado precozmente hubiera podido salvarle la vida (hipotéticamente habría tenido oportunidad de sanación), condenan por pérdida de oportunidad. Además, como condenar a la Administración sanitaria por todo el daño le podría

parecer excesivo al juez, dada la posibilidad de que el fallecimiento se hubiera producido de todas formas, pero a la vez la absolución podría dar lugar a que el daño quedara sin reparación si no se hubiese producido de haber actuado diligentemente, los jueces mayoritariamente indemnizan a tanto alzado, siempre por debajo de la cantidad reclamada, sin atender a ningún criterio delimitado. El perjudicado solicitará aplicación de baremo y la Administración intentará, en el peor de los escenarios, que se aplique la pérdida de oportunidad para reducir la indemnización. En los procesos oncológicos nunca puede establecerse, en el caso concreto, cuál habría sido el pronóstico de cada paciente de haber actuado de acuerdo a una correcta praxis médica. Por ejemplo, si el porcentaje de supervivencia en el cáncer de mama en mujeres es del 78% a los 5 años del diagnóstico (<http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfNoTransmisibles/docs/situacionCancer.pdf>) para los que son diagnosticados y tratados de forma temprana, siempre desconoceremos si una paciente en concreto estaba en ese porcentaje o en el 22% de las que no lo superan.

Asimismo, el estudio ha revelado que se ha experimentado un incremento de más del 170% en las reclamaciones en esta área en los últimos años. Fue a partir de 2002 cuando esta teoría se introdujo en la doctrina jurisprudencial a la hora de juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, razón por la que podemos sostener que se trata de una teoría con pocos años de aplicación, pero que con el paso del tiempo ha cobrado fuerza.

Otros datos destacados a tener en cuenta fueron las marcadas diferencias entre comunidades autónomas y en las cuantías indemnizatorias. En cuanto a la primera, nuestros resultados reflejan que son las comunidades autónomas de Madrid, La Rioja y Castilla y León las que más lo aplican, pero en realidad su efecto se extiende con fuerza a lo largo del panorama nacional, donde otras comunidades, como las de Murcia y Aragón, también resultan protagonistas. Esto supone que los órganos judiciales con competencias en estas comunidades optan por la solución que quizá podría ser considerada como la más fácil, no la más justa, pues prefieren indemnizar a tanto alzado y no realizar esfuerzos para sentar porcentajes de posibilidades de superación de la enfermedad o aplicar criterios más objetivos de imputación del daño que podrían llevar a la aplicación del baremo. En cuanto a las cuantías indemnizatorias, estas fueron mayoritariamente (83,2%) inferiores a los 100.000 euros. Ello refleja una discrepancia con la cuantía reclamada, que solo fue inferior a los 100.000 euros en un 13,1% de los casos.

El porcentaje más alto de aplicación de la pérdida de oportunidad asistencial con condena lo hemos encontrado en el error de diagnóstico, por encima del tratamiento inadecuado. No obstante, es preciso advertir que las condenas por error de diagnóstico siempre deben ser consecuencia de conductas contrarias a la *lex artis*<sup>1</sup>. No hay muchos datos en la literatura que analicen el impacto del error diagnóstico en patología oncológica sobre el número de reclamaciones o denuncias contra profesionales de la salud. Sí se cree que el error diagnóstico no es infrecuente<sup>12</sup>. En un reciente estudio sueco se recogieron las reclamaciones judiciales de 134 mujeres (desde 1995 a 2006) que habían sufrido los efectos adversos de un diagnóstico tardío de cáncer de mama<sup>13</sup>. El diagnóstico erróneo fue causado por una exploración clínica o radiológica incompleta o por una deficiente interpretación de estas pruebas<sup>13</sup>. Se consideró que al menos en uno de cada cuatro casos el retraso diagnóstico conllevó un impacto negativo en la evolución de la paciente<sup>13</sup>.

En conclusión, las sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en patologías oncológicas se han incrementado en los últimos años. Las sentencias fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico o tratamiento inadecuado. La mayoría de los/las pacientes (68,6%) fallecieron, siendo las neoplasias malignas con más frecuencia originaron la condena las de mama y de órganos genitales femeninos (24,1%), y las digestivas (21,1%).

## Editor responsable del artículo

Carlos Álvarez-Dardet.

## Declaración de transparencia

El autor principal (garante responsable del manuscrito) afirma que este manuscrito es un reporte honesto, preciso y transparente del estudio que se remite a GACETA SANITARIA, que no se han omitido aspectos importantes del estudio, y que las discrepancias del estudio según lo previsto (y, si son relevantes, registradas) se han explicado.

### ¿Qué se sabe sobre el tema?

No existe en la literatura médica o jurídica ningún estudio similar que haga referencia específica a la pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito oncológico.

### ¿Qué añade el estudio realizado a la literatura?

Las sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en patologías oncológicas se han incrementado en los últimos años. Las sentencias fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico o tratamiento inadecuado. La mayoría de los pacientes fallecieron, siendo las neoplasias malignas que con más frecuencia originaron la condena las de mama y de órganos genitales femeninos, y las digestivas.

## Financiación

Ninguna.

## Contribuciones de autoría

C. Sardinero-García ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito; la recogida de datos y su análisis e interpretación; y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. A. Santiago-Sáez ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito, y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. M.C. Bravo ha participado en la concepción

y el diseño del manuscrito, y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. B. Perea-Pérez ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito, y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. M.E. Albarrán-Juan ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito, y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. E. Labajo-González ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito, y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido. J. Benito-León ha participado en la concepción y el diseño del manuscrito; la recogida de datos, su análisis e interpretación; y la redacción, la revisión y la aprobación del manuscrito remitido.

## Conflicto de intereses

Ninguno.

## Bibliografía

1. Sardinero García C. Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch; 2016. p. 394.
2. Galán Cortés JC. Responsabilidad civil médica. Navarra: Editorial Civitas; 2016. p. 1160.
3. Rodríguez-Vázquez V. Doctors in Spanish criminal law: medical criminal responsibility for deaths and injuries caused by negligence in present-day Spain. *Med Law*. 2006;25:411-25.
4. Asúa González CI. Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson-Aranzadi; 2008. p. 236.
5. Saigó Ullastre U, Gómez Durán EL, Arimany Manso J. Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica. *Rev Esp Med Legal*. 2013;39:157-61.
6. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Labajo-González E, et al. Análisis de sentencias judiciales contra neurocirujanos resueltas en segunda instancia en España entre 1995 y 2007. *Neurocirugía (Astur)*. 2010;21:53-60.
7. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, et al. Análisis de sentencias judiciales contra psiquiatras resueltas en segunda instancia en España entre 1992 y 2007. *Actas Esp Psiquiatr*. 2011;39:393-400.
8. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, et al. Análisis de las sentencias judiciales en la práctica de la cardiología resueltas en segunda instancia en España entre 1992 y 2007. *Rev Esp Cardiol*. 2012;65:801-6.
9. Martín-Casals M, Ribot Igualada I, Solé Feliu J. Medical malpractice liability in Spain: cases, trends and developments. *Eur J Health Law*. 2003;10:153-81.
10. Arimany-Manso J, Gómez-Durán EL, Aubia-Marimon J. Las reclamaciones sobre responsabilidad profesional por especialidades en un escenario diferente al estadounidense. *Gac Sanit*. 2013;27:92-3.
11. Arimany-Manso J, Gómez-Durán EL, Barbería-Marcain E, et al. Catastrophic medical malpractice payouts in Spain. *J Healthc Qual*. 2015. Jul 24. [Epub ahead of print].
12. Raab SS, Grzybicki DM. Quality in cancer diagnosis. *CA Cancer J Clin*. 2010;60:139-65.
13. Hafstrom L, Johansson H, Ahlberg J. Diagnostic delay of breast cancer - an analysis of claims to Swedish Board of Malpractice (LOF). *Breast*. 2011;20:539-42.